Die Wasserläufe als öffentliche Sachen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität München

eingereicht

am

13. Mai 1935

von

Roland Ulsenheimer

in Pasing bei München.

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Referent: Universitätprofessor Dr. Maunz

Korreferent: Universitätsprofessor Dr. Koellreutter

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

§ 1. Einleitung.

Die weltanschauliche Bedingtheit des Verwaltungsrechts — Staatsbegriff und Verwaltungsrecht — Das politische Element im öffentlichen Sachenrecht und der juristische Positivismus — Die Maunzschen Untersuchungen über die Bedeutung der Ideologie im öffentlichen Sachenrecht — Das Sinnproblem der öffentlichen Sache — Der jetzige Wandel im verwaltungsrechtlichen Denken und die Theorie des öffentlichen Sachenrechts — Gemeinschaftsmäßiges Denken und Wasserrecht. 1

§ 2. Zur Geschichte der öffentlichen Sachen.

Die Rechtslage im alten Deutschen Recht — Die Regalien — Die „Hoheit" — Die Zeit des Individualismus — Die juristische Staatsperson — Die Gleichordnung des Einzelnen mit dem Staat — Das bürgerliche Rechtsdenken als Kennzeichen der liberalen Theorien des öffentlichen Sachenrechts 3

§ 3. Zur Dogmengeschichte der öffentlichen Sachen.

Die rein zivilrechtliche Theorie — Die gemischten Rechtsverhältnisse — Dernburgs Theorie — Regelsberger — Jhering und Kuhlenbeck — Almsick — Otto Mayer — Die Trennung des Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht — Die Körperlichkeit der öffentlichen Sachen — Der öffentliche Zweck — Verkörperung öffentlicher Verwaltung in der öffentlichen Sache — Die Widmung zur öffentlichen Sache — Der Gemeingebrauch als Stück Freiheit vom Staat — Mayers Unterlassung einer rechtlichen Qualifizierung des Gemeingebrauchs — Die Lehre Eiseles — Schwab — Kisch — Layer — Die übrigen Anhänger Otto Mayers — Die Theorie des Reflexes objektiven Rechts — Die Theorie Laue's. 5

§ 4. Die Sachqualität öffentlicher Wege und Wasserläufe.

Maunz' Kritik der Verwendung des zivilrechtlichen Sachenrechtsbegriffs im öffentlichen Sachenrecht — Die Unanwendbarkeit des zivilistischen Sachbegriffs auf die öffentlichen Wege — Die Unanwendbarkeit auf die öffentlichen Wasserläufe — Entgegenstehende Theorien — Aström — Reichsgericht — Kloeß — Köttgen — Kappeler — Moll — Schelcher 16

§ 5. Die öffentliche Sache und die öffentliche Anstalt.

Die öffentliche Sache und ihr Sachsubstrat — Die Ausscheidung des Substrats in das vorsachenrechtliche Stadium — Subsumierung der öffentlichen Sache unter den Begriff „Öffentliche Anstalt", Germershausen, Otto Mayer — Mayer's Definition der öffentlichen Anstalt — Die öffentlichen Wasserläufe als öffentliche Anstalten — Thoma — Die Anstaltsgewalt — Die Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses und das totale Gemeinschaftsverhältnis — Nawiasky's Vorstellung vom Anstaltsgewaltverhältnis — Die Vorteile der Verwendung des Anstaltsbegriffs und der Konstruktion der öffentlichen Sache 20

Seite

§ 6. Öffentliches Recht und Privatrecht.

Subjektionstheorie und Interessentheorie — Berechtigung der Einteilung in öffentliches Recht und Privatrecht überhaupt — Einteilung nach dem Überwiegen vertraglicher oder einseitig hoheitlicher Regelung — Beobachtung der Einschränkung der formalen Rechtsbegriffe auf ihr Gebiet — Der allgemeine Teil des Rechts . . 25

§ 7. Der Staatsbegriff.

Das Verhältnis von Staat und Volk in der geschichtlichen Entwicklung — Der Rückzug des Staatsbegriffs — Ersatz des Staatsdenkens durch völkisches Denken — Rasse, Volksgemeinschaft, Staat — Partei, Staat, Volk — Volk und Nation — Nicht totaler Staat, sondern totale Gemeinschaft — Einzelpersönlichkeit und totale Gemeinschaft — Ablehnung der Höhn'schen Auffassung hiervon — Die Stellung des Führers im deutschen Führerstaat — Ablehnung der Theorie Höhn's vom Staatsbegriff — Das Wesen der öffentlichen Verwaltung — Die Gewaltenteilung und die Unterscheidung in Führung und Durchführung — Die Verwaltungseinrichtungen als Gemeinschaftseinrichtung — Die Unterscheidung in Führung und Durchführung und die subjektiven öffentlichen Rechte — Ablehnung einer Verwendung der Reflexrechte — Unterordnungs- und Mitarbeiterverhältnisse 27

§ 8. Die öffentliche Sache als öffentliche Anstalt.

Die Grundbegriffe der öffentlichen Anstalt — Das Denken in konkreten Rechtsgebilden — Die öffentliche Anstalt als Institution — Primat des Ordnungsprinzips — Dominieren des freien Ermessens der Anstaltsleitung — Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und ihre Ersetzung durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung — Die Richtlinien für die Bewilligung von Benutzungen der Anstalt — Die Anstaltsdisziplin — Die Benutzergemeinschaft — Das Anstaltsnutzungsverhältnis als Mitarbeiterverhältnis mit subjektiven öffentlichen Rechten — Zusammenfassung der Begriffsmerkmale der öffentlichen Anstalt — Die Bedeutung des Eigentums am Sachsubstrat 32

§ 9. Die Entstehung der öffentlichen Sache.

Die Widmung als Verwaltungsakt — Der Verwaltungsakt und die Teilung der Gewalten — Die Widmung als Führungs- oder Durchführungsakt — Der Inhalt des Widmungsaktes — Öffentliche Sachen mit individueller und genereller Nutzungsmöglichkeit — Der verwaltungsrechtliche Mantelrechtsakt 39

§ 10. Die Nutzung der öffentlichen Sache.

Primat des Ordnungsprinzips im Anstaltsnutzungsverhältnis — Generelle Inhaltsprägung des Nutzungsrechtsverhältnisses beim Gemeingebrauch, individuelle beim Sondergebrauch — Der Gemeingebrauch als Rechtsverhältnis, nicht als Mitarbeiterverhältnis — Der Sondergebrauch als Mitarbeiterverhältnis mit subjektiven öffentlichen Rechten — Konkurrenz von Gemeingebrauch und Sondergebrauch — Schaden infolge Benutzung — Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis, Sondernutzung, gesteigerter Gemeingebrauch — Gebrauchserlaubnis und Polizeierlaubnis — Entbehrlichkeit von Zwischenformen zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch — Bewilligung als Gewährung des Sondergebrauchs — Die Unklarheiten in der Literatur über die genannten Begriffe — Georg Jellinek — Sievers — Schül 42

Seite

§ 11. Die Polizei der öffentlichen Sache.

Polizeibefugnisse und Polizeibegriff — Ersetzung des Polizeibegriffs durch den Verwaltungsbegriff im öffentlichen Sachenrecht — Die Anstaltspolizei — Polizei- und Verwaltungsfunktionen — Die Feststellung vom Bestand, Inhalt und Umfang der öffentlichen Sache . . 46

§ 12. Die Unterhaltung der öffentlichen Sache.

Die Unterhaltung öffentlicher Sachen, Aufgabe, nicht Pflicht der öffentlichen Verwaltung — Die Polizeipflichtigkeit des Eigentums. 48

§ 13. Die Endigung der öffentlichen Sache.

Der regelmäßige Endigungsgrund, Entwidmung — ihr rechtlicher Inhalt — Untergang des Sachsubstrats als subsidiärer Endigungsgrund — Keine Widerspruchsrechte der Benutzer gegen die Aufhebung der öffentlichen Sache 48

§ 14. Der öffentliche Wasserlauf.

Begriffsbestimmung — Abgrenzung gegenüber dem Grundwasser — gegenüber den stehenden Gewässern — Natürliche und künstliche Gewässer — Das Wasserlaufbett — Die Quelle — Nebenarme und Altwasser — Häfen.

Anhang: Das Grundwasser: Kein Bodenbestandteil — kein Recht auf Zufluß von Grundwasser — Der Miagprozeß vor dem ObstLG — Die Ansichten Hofackers und Schelchers 49

§ 15. Die Widmung zum öffentlichen Wasserlauf.

Die Widmung nach bayerischem, preußischem, sächsischem Wasserrecht — Öffentliche und private Gewässer, schiffbare und nicht schiffbare Gewässer — Das ständige Fließen — Einteilung der Wasserläufe nach der Größe — Die Lehre von den natürlichen Wasserläufen als geborenen öffentlichen Sachen — Kisch — Fleiner — Straeter — Schlegelberger u. a. — Die unvordenkliche Verjährung . . 55

§ 16. Das Eigentum an Wasserläufen.

Vorsachenrechtliche Natur des Eigentums an Sachsubstrat — Eigentumsfähigkeit der Wasserläufe — Das Eigentum im Wasserrecht überhaupt — Das Eigentum, ein Begriff des BGB — Eine Herrschaft nur über körperliche Gegenstände — Eine bloß relative Herrschaft — Nichtverwendbarkeit des Eigentums als Verfügungsform über die öffentlichen Wasserläufe — Der Standpunkt des württembergischen, thüringischen, sächsischen, österreichischen Wasserrechts — Schwäche des Wasserlaufeigentums nach PrWG — Die Theorie Eymanns vom öffentlichen Eigentum im bayerischen Wasserrecht — Die sonstigen Anhänger des öffentlichen Eigentums im Wasserrecht. Köttgen, Schwab, Edith, Satz, Apelt, Moll — Die Anhänger der Privateigentumsfähigkeit, Köhler, Reiserer, W. Müller, Arnold, Almsick, Straeter — Privateigentum am Wasserbett — Die Nutzung des Bettes — Die insula in flumine nata — Die Regelung des § 14 IV ThWG — Die Verfügungsmacht über das Sachsubstrat als Voraussetzung der Widmung 58

§ 17. Die Wasserpolizei.

Wasserpolizei und Wasserverwaltung nach thüringischem, österreichischem, bayerischem, preußischem Recht — Wasserbaupolizei — Inanspruchnahme eines anderen als des Störers 65

Seite

§ 18. Unterhaltung und Verkehrssicherung.

Staatliche Unterhaltungspflicht, Öffentlich-rechtlich-dinglicher Anspruch — Vertragliche Gewährleistung — Polizeipflichtigkeit des Eigentums und Wasserrecht — Staatliche Verkehrssicherungspflicht nach der Rechtssprechung — Hofacker's Abwehr — Der Aufgabencharakter der staatlichen Unterhaltungspflicht 66

§ 19. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wasserläufen.

Der Gemeingebrauch als generell bestimmtes Nutzungsrechtsverhältnis — Sein Umfang — Seine Regelung — Konkurrenz mit dem Sondergebrauch — Gemeingebrauch und das Recht, die Ufergrundstücke zu betreten — Kein subjektives Recht aus und auf den Gemeingebrauch — Die Unschädlichkeit des Gemeingebrauchs — Voraussetzungen wasserbehördlichen Einschreitens — Der gesteigerte Gemeingebrauch 70

§ 20. Der Sondergebrauch an öffentlichen Wasserläufen.

Einseitige individuelle Inhaltsgestaltung des Sondergebrauchs — Konkurrenz von Sondergebrauchsanträgen — Änderung des Zwecks der Anlage — Änderung der Benutzung selbst — Das Staurecht — Das Kiesentnahmerecht — Gemeingebrauch und Sondergebrauch nach österreichischem und thüringischem Wasserrecht — Die Rechte aus der Bewilligung des Sondergebrauchs und die Eigentumsvorschriften des BGB — Subjektiv-dingliche und subjektiv-persönliche Nutzungsrechte — Öffentliche dingliche Rechte überhaupt — Gemeingebrauch und Sondergebrauch nach SWG — Das freie Ermessen bei der Bewilligung — Bedingungen und Auflagen — Staatliches Heimfallsrecht — Abänderung, Ergänzung und Neuauferlegung von Bedingungen — Bewilligung auf Probe, auf Zeit — Die Bauwerke einer Benutzungsanlage — Die Ableitung aus dem öffentlichen Wasserlauf und die Öffentlichkeit des abgeleiteten Wassers — Schiffahrt, Floßfahrt, Trift — Die zivilrechtliche Berechtigung zur Herstellung der Benutzungsanlage —Verwaltungsgemeinschaften verschiedener öffentlicher Anstalten — Die Eisenbahnrechtsprechung des LWA — Brükken — Verleihung und Enteignung, Auflösung des Enteignungsbegriffs — Verleihung durch den Staat an den Staat.

Anhang I. Gebühren: Gebührenerhebung auf Grund der staatlichen Tarifhoheit.

Anhang II. Der Leinpfad: Benutzung eines öffentlichen Wegs, eines sonstigen Grundstücks als Leinpfad 74

§ 21. Wasserrecht und Gewerbeordnung.

Triebwerke für Stauanlagen und gewerberechtliche Genehmigungspflicht — Die bloße verfahrensrechtliche Regelung der Gewerbeordnung — Der Schutz des ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebs 86

§ 22. Die Anlieger öffentlicher Wasserläufe.

Auch jede Anliegernutzung ist Gemeingebrauch oder Sondergebrauch — Die Anliegerschaft als solche ist außersachenrechtlicher Natur 88

§ 23. Das öffentliche Interesse.

Öffentliches Interesse, öffentliches Wohl, Gemeinwohl, gemeiner Nutzen und die Verwendung dieser Begriffe im Wasserrecht — Gemeinwohl und öffentliches Wohl — Öffentliches Interesse und öffentliches

Seite

Wohl — Das öffentliche Interesse, Layer, Merkl — Verwendbarkeit des Begriffs — Einzelfälle des öffentlichen Interesses — Widerstreit zweier öffentlicher Interessen 88

§ 24. Entschädigungsfragen.

Die Unterscheidung von Rechten und bloßen Interessen — 1. Schaden, der dem einzelnen aus der Widmung eines Wasserlaufs zum öffentlichen Wasserlauf erwächst: Keine Entschädigung für die Entziehung des Flußbetteigentums durch Widmung oder Umwidmung — Die angemessene Entschädigung — Die Entschädigung für Beeinträchtigungen von Wasserbenutzungsrechten durch die Widmung — Das subjektive öffentliche Recht auf Entschädigung — Rechtsfolgen einer Verkehrszusammenfassung von Wegen infolge der Ausnutzung eines Wasserlaufs — 2. Schaden aus dem Anstaltsbetrieb — a) Eingriffe in das Grundeigentum: volle Entschädigung — b) Eingriffe in Wasserbenutzungsrechte: Ersatz des erwachsenen Schadens, nicht des entgangenen Gewinns — Entschädigung bei Übernahme kraft Heimfallsrechts — § 26 RGewO — c) Bloße faktische Vermögensnachteile: Grundsätzlich keine Entschädigung — 3. Schaden aus der Aufhebung öffentlicher Sachen: keine Entschädigung — Das Urteil des Reichsgerichts RG 138/259 — Die Beeinträchtigung der Verwaltungsarbeit durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung — Ausblick auf das kommende Reichswassergesetz 92

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548304_0093

Literaturverzeichnis.

Almsick, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs. 1928.

Apelt, Die rechtliche Natur der Erlaubnis besonderer Wasserbenutzungen nach dem sächsischen Wassergesetz. Fischers Ztschr. 46/329 ff.

Arnold, Entschädigungspflicht des Staates für Eingriffe in das private Flußeigentum nach bayerischem Recht. 1931.

Aström, Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa. 1905.

Behr, Zum Reichswasserrecht de lege ferenda. HansRGer. Ztschr. 1934/290 ff.

— HansRGer. Ztschr. 1923/59 ff.

Bott-Bodenhausen, Funktionelles und formatives Recht in der gegenwärtigen Kulturkrisis. 1926.

Brenner-Fergg, Kommentar zum bayerischen Wassergesetz. 1928.

Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung. 1914.

— Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. VA 27/283 ff.

— Öffentliches Recht und Privatrecht. Ztschr. f. OeffRecht 1934/589 ff.

Dernburg, Pandekten. 1902.

— Rechtsgutachten, den Festungsstreit der Stadt Basel betreffend. 1862.

Dietrich, Die philosophischen Grundlagen des Nationalsozialismus. 1934.

Dittmann, Zivilistische Bemerkungen zum BWG von 1907. Ztschr. f. RPfl. i. Bayern 1908/4, 34, 60, 79 ff.

Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. 1873.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (nach Band und Seite).

Eymann-Schubert, Kommentar zum BWG. 1928.

Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. 1906.

— Institutionen des Verwaltungsrechts. 1928.

Friedrichs, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. Arch. ÖffRecht 1/257 ff.

Funke, Beiträge zum Wasserrecht ArchZivPraxis 12/274 ff. 432 ff.

Geiser-Abkühl, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte. 1918.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905.

— Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. 1874.

Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 1924.

Heckel, Berichte über die Lage des Studiums des öffentlichen Rechts. 1934.

Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. 1919.

— Der logische Aufbau des Deutschen Rechts. 1924.

— Die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung. 1926.

— Das württembergische Wasserrecht. DWWV 1927. Nr. 19.

— Die Verkehrssicherungspflicht. 1929.

— Das Eigentum an Wasserläufen. VA 30/161 ff.

— Der Einzelne und die Gesamtheit. 1930.

— Die Konstruktion von Entschädigungsansprüchen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung DJZ 1934, 889 ff.

Höhn, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson. 1934.
Holstein, G., Die Lehre von den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen 1921.
Holz, Besprechung des Kommentars von Eymann BVBl 1932/175.
Holtz-Kreutz, Kommentar zum PrWG 1914.
Huber, Eugen, Die Gestaltung des Wasserrechts nach Schweizer Recht. Ztschr. für Schweizer Recht. 503 ff.
Hübner, R., Grundzüge des deutschen Privatrechts 1930.
Jahrbücher des sächsischen Oberverwaltungsgerichts (nach Band und S.).
Jhering, Rechtsgutachten, den Festungsstreit der Stadt Basel betreffend. 1862.
Jellinek, Gg., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919.
— Besprechung von Otto Mayer's Deutschem Verwaltungsrecht VA 5/304 ff.
Jellinek W., Deutsches Verwaltungsrecht. 1931.
Jungmann, Der Polizeibegriff. DVBl 1935/1 ff.
Kisenberg, Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen. 1908.
Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. 1867.
Kisch, Elsaß-lothringisches Landesprivatrecht. 1905.
Klein, Institutionelle Garantie und Rechtsinstitutsgarantie 1934.
Koeß, Das deutsche Wasserrecht. 1908.
— Das Grundwasserrecht im alten Deutschen Recht, Gruchot 54/301 ff.
Koellreutter, Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat. 1927.
— Artikel „Öffentliches Recht" HWR IV 265 ff.
Grundriß der allgemeinen Staatslehre. 1933.
— Der nationale Rechtsstaat DJZ 1933/519 ff.
— Der deutsche Führerstaat. 1934.
— DJZ 1932/39 ff.; RuPrVBl 1933/742.
— Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus. 1935.
Köhler, Das Eigentum des Staates an öffentlichen Gewässern in Bayern. 1910.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
— Artikel „Öffentliche Anstalt" bei Stengel-Fleischmann.
Köttgen, Hauptprobleme des Wasserrechts. 1929.
Krieck, Wissenschaft, Weltanschauung, Hochschulreform. 1934.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB 1900.
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Reichsgewerbeordnung.
Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. 1934.
Laue, Der Gemeingebrauch im preußischen Wasserrecht. VA 33/1 ff.
Lauf, Öffentliches Eigentum. 1934.
Layer, Grundprinzipien des Enteignungsrechts. 1902.
Mahler, Die Gemeindewege als öffentliche Sachen. 1933.
Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. 1933.
— Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. 1934.
Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1914.
— Eisenbahn- und Wegerecht. ArchÖffRecht 38 ff. 203 ff.
Merk, Das wasserrechtliche Heimfallsrecht. Ztschr. für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege. 1924/725.
Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.
Moll, Zum Recht an öffentlichen Wasserläufen. VA 16/252 ff.
— Das sächsische Wassergesetz VA 18/110.
— Von den öffentlichen Sachen. Gruchot 54/313 ff.
Müller, W., Eigentumsbegriff und Wasserrecht. Fischers Ztschr. 63/129 ff.
Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 1935.

Nicolai, Rasse und Recht. 1933.
— Die rassengesetzliche Rechtslehre. 1933.
Nieder, Kommentar zum WWG 1900.
Die Praxis des Schweizer Bundesgerichts. 1928.
Österreichisches Wassergesetz 1934. Bundesgesetzbl. 1934 II. T. S. 705.
Regelsberger, Pandekten 1893.
Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. 1889.
Reiserer, Eigentum an Gewässern. 1909.
Rosenberg, Der Mythos des 20. Jahrhunderts. 1933.
Satz, Das öffentliche Eigentum in Hamburg. Fischers Ztschr. 70/161 ff.
Schelcher H., Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum. Fischers Ztschr. 48/345 ff.
Schelcher W., Die rechtliche Natur der fließenden Gewässer und der Privatrechte an solchen nach SWG. Fischers Ztschr. 46/349 ff.
— Kommentar zum sächsischen Wassergesetz. 1909.
— Die Sozialisierung der Wasserwirtschaft in Sachsen. Fischers Ztschr. 51/295 ff.
Schenkel-Wiener, Kommentar zum badischen Wassergesetz. 1933.
Schlegelberger, Zur Rechtsnatur des Gemeingebrauchs. ZAR 11/289 ff.
— „Reichswasserrecht" im Nationalsozialistischen Handbuch für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. 1935.
Schmidt W., Das Recht der Wassernutzung nach PrWG VA 22/89 ff.
Schmitt C., Freiheitsrechte und institutionelle Garantie. 1928.
— Staat, Bewegung, Volk. 1933.
— Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 1934.
— Die Auflösung des Enteignungsbegriffs. JW 1929/495 ff.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht V 2.
Schül, Verleihung von Rechten an Wasserläufen. 1930.
Sievers, Auf dem Weg zum Reichswasserrecht. Fischers Ztschr. 71/1 ff.
Sommer-Meister, Kommentar zum thüringischen Wassergesetz. 1933.
Stein L. v., Verwaltungslehre.
Stoedter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung. 1933.
Straeter, Das Eigentum an dem vom Reich übernommenen Wasserläufen.
Tatarin-Tarnheyden, Neubau des Verwaltungsrechts. ArchÖffRecht 24/345 ff.
Tezner, Der Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. ArchÖffRecht. Bd. 9 325 ff. 489 ff.
Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht. 1914.
Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer VI.
Wieacker, Zum Wandel der Eigentumsverfassung. DJZ 1934/1446 ff.
Werneburg, Grundwasserrecht nach PrWG ZAR 12 284 ff.

§ 1. Einleitung.

„Jedes von der Rechtswissenschaft bearbeitete Einzelproblem des Rechtslebens muß im Ganzen des völkischen Lebens ergriffen und begriffen werden, von jedem Einzelproblem des Rechtslebens aus muß das überpersönliche Lebensganze in Sicht treten"[1]).

Der Zug zum Grundsätzlichen ist in jeder Zeit das Kennzeichen echter Wissenschaft im Gegensatz zur kommentatorischen Erläuterung gesetzestechnischer Einzelheiten gewesen. Wer heute Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts behandeln will, kann grundsätzlichen Erwägungen umso weniger ausweichen, als gerade dieses Teilgebiet des Verwaltungsrechts in engster Abhängigkeit von den allgemeinen Grundsätzen und Grundbegriffen des Verwaltungsrecht überhaupt steht. Die nationalsozialistische Erkenntnis von der weltanschaulichen Bedingtheit aller Wissenschaft und alles Rechts lehrt uns, daß auch die Gewinnung klarer verwaltungsrechtlicher Grundlagen nur von einer einheitlichen Weltanschauung aus möglich sein kann, deren beherrschende Stellung gerade in der Verwaltungsrechtswissenschaft sich schon aus der Überlegung ergibt, daß der Grundbegriff des Verwaltungsrechts der Staatsbegriff ist. Die Frage nach dem Staatsbegriff aber ist eine politische Frage, vielleicht die politische Frage schlechthin; die Erkenntnis des engen Zusammenhangs der politischen und der verwaltungsrechtlichen Probleme ist die unmittelbare Folge dieser Feststellung. Die Forschung nach dem politischen Element in den einzelnen Rechtsinstituten ist im öffentlichen Sachenrecht ebenso wie in den meisten anderen Rechtsgebieten in den letzten Jahrzehnten weithin in den Hintergrund getreten. Es war dies die Folge des herrschenden juristischen Positivismus, dessen Wesen darin bestand, unter Ausscheidung aller metaphysischen und metajuristischen Erwägungen sich „rein juristisch" allein an die Norm und ihren sicher feststellbaren Inhalt zu halten[3])[4]). Auch soweit einer „Parallelität der Betrachtungsweisen" das Wort geredet wurde, einem gleichzeitigen, aber methodisch geschiedenen juristischen und soziologischen Vorgehen, stand „die soziologische Betrachtung im Kurse unter der juristischen. Sie war eben — die Geringschätzung sprach wohl schon aus der Benennung — etwas „unjuristisches" "[5]). Die

1) Krieck, S. 51.
3) Carl Schmitt, S. 31/32.
4) Die Vertreter der Kelsenschen Schule formulierten dies ganz offen: „Der besondere Sinn unserer Verwaltungslehre ist es, die Verwaltung in ein bloßes System von Rechtsfunktionen aufzulösen." Merkl, S. 97. In schärfstem Gegensatz hierzu Koellreutter RuPrVBl. 1933/742: Heute „ist es gerade Aufgabe der Verwaltungslehre, auf bewußt politischer Grundlage die Regelung des völkischen Gemeinschaftswesens durch die öffentliche Verwaltung zu erforschen und damit für die Rechtsgestaltung und Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wichtige Vorarbeit zu leisten.
5) Maunz, Neue Grundlagen, S. 10.

Unzulänglichkeit der rein juristischen sowie der primär juristischen und ergänzend soziologischen Methode hat für das Recht der öffentlichen Sachen Maunz in besonders eingehender Weise untersucht. Er hat darauf hingewiesen, daß die Ideale für die Anwendung des geltenden Rechts eine nicht minder starke Macht bedeuten als für die Schöpfung des künftigen Rechts; denn die geltenden Normen fragen nach Sinn und sind der Gestaltung durch Sinn fähig. Den Sinn aber geben die weltanschaulichen und politischen Auffassungen der die Normen in Theorie und Praxis anwendenden Menschen, ihr Lebensgefühl, das Ergebnis der Einwirkungen ihrer gesellschaftlichen Situation. Alles das verdichtet sich zu einem Ganzen, einem Vorstellungskomplex, der am besten als Ideologie bezeichnet wird[6]). Gerade heute, wo die bisher vorherrschende Weltanschauung des Liberalismus in ihren verschiedenen Ausprägungen durch den Nationalsozialismus abgelöst worden ist, liegt es nahe, die ideologische Betrachtungsweise, die Forschung nach dem Sinn der Normen, nach den Gedanken und Gefühlen, die die Menschen bei der Normenhandhabung dem objektiven Recht unterlegen auf einem Rechtsgebiet anzuwenden, dessen weltanschauliche Bedingtheit seit langem anerkannt ist[7]). Geht man aus von der Abhängigkeit des öffentlichen Sachenrechts von der jeweils herrschenden Staatsidee, d. h. den Vorstellungen vom Wert einer bestimmten politischen Lebensform und dem Glauben an sie[8]), so folgt daraus, daß heute keine der bisherigen Theorien der öffentlichen Sache noch uneingeschränkt anwendbar ist; stehen sie doch alle unter dem Einfluß von Staatsideen, die nicht die unseren und heute allein herrschenden sind.

Die Auswirkungen gemeinschaftsmäßigen Denkens für das öffentliche Sachenrecht am Wasserrecht durchzuprüfen und zu erproben, ist deshalb reizvoll, weil einerseits das Wasserrecht ein konstruktiv besonders schwierig zu erfassendes Teilsgebiet des öffentlichen Sachenrechts ist[9]) und andererseits gerade im Wasserrecht die Gegensätze Individualismus und Kollektivismus, Eigentum und öffentliche Verwaltung, Proprietäts- und Publizitätsprin-

---

6) Nach Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 32 ist das Wort Ideologie ein typisches und spezifisches Wort des liberalen 19. Jahrhunderts. Dieser Beurteilung dürfte ein schwerlich zulässiger Rückschluß von der Begriffsverwendung auf den Begriff zu Grunde liegen. In dieser Arbeit jedenfalls ist das Wort „Ideologie" nicht im Sinne liberaler Vorstellungen verwendet!

7) Vergleiche Moll, Gruchot 54/317, 318, der die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen auf „die zwei sich bekämpfenden Weltanschauungen, die individuelle und die soziale" zurückführt.

8) Koellreutter, Staatslehre, S. 9.

9) Apelt, Fischers Ztschr. 46/330 sagt hierüber: Der Streit um die Rechtsnatur der öffentlichen Sache hat im Wasserrecht eine besondere Schattierung insofern, als hier die weitere Frage zu entscheiden ist, ob man Bett und fließende Welle als ein einheitliches Ganzes betrachten und somit das Eigentumsrecht am Flußlauf als solchem bejahen oder verneinen sollte oder ob hier eine getrennte Beurteilung Platz zu greifen hätte, in dem man zwar das Bett den Wirkungen des Privatrechts unterstellte, die Wasserwelle ihnen aber entzog.

zip[10]), Staat und Untertan von jeher besonders hart aufeinander gestoßen sind, das Wasserrecht also mehr als andere Rechtsgebiete der Kampfplatz der Ideen war, deren Synthese im Nationalsozialismus gelungen ist. Dabei werden wir auf einem Rechtsgebiet, bei dem es sich nach heute noch verbreiteter Ansicht[11]) in besonderem Maße um technisches Recht handeln soll, die Einsicht bestätigt finden, daß es kein bloßes technisches Recht im liberalen Sinn gibt, alles Recht vielmehr notwendig ein politisches Element enthält[12]).

Es kann sich bei unserer Arbeit selbstverständlich nicht darum handeln, sämtliche einschlägige Normen der verschiedenen deutschen Wassergesetze, etwa nach den einzelnen Staaten geordnet, vorzuführen. Eine solche statistische Übersicht, bei der sich das juristisch Wichtige ständig wiederholen würde, hätte heute umso weniger Sinn, als die deutschen Landeswassergesetze demnächst durch ein Reichswassergesetz abgelöst werden sollen, das grundlegend von ihnen abweichen wird.

§ 2. Zur Geschichte der öffentlichen Sachen.

Dem alten deutschen Recht war der Begriff der dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Sache fremd. Was nicht im Privateigentum eines einzelnen sich befand oder zu einer gemeinen Mark gehörte, stand zur Verfügung des Königs und unterlag seinem Nutzungsrecht[13]). Als der König weithin rechtlich an die Stelle der Volksgemeinschaft trat, dehnte er seine Nutzungsrechte auch auf viele bisher der „Volksallmende" gehörige Sachen aus. So entstanden an den Wegen und Flüssen etc. die „Regalien" des Königs[14]). Fürst und Untertanen standen sich in dieser Zeit als konkrete Personen gegenüber, ausgestattet mit Rechten und Gegenrechten. Der König hatte das Regal, hatte er aber einmal ein regales Recht einem Untertanen verliehen, so hatte der Einzelne ein jus quaesitum, auf das er sich auch dem Fürsten gegenüber berufen konnte. Die regale Verleihung war, entsprechend dem Wesen und Zweck des Regals, dem König eine Erwerbsquelle zu sichern, ein vermögensrechtliches Geschäft, oft genug freilich auch ein politisches, indem der König die Verleihung gegen politische Konzessionen des Beliehenen bewilligte.

Diesem Rechtszustand gegenüber traten die Ideen der absoluten Monarchie als Folge der naturrechtlichen Vorstellungen von den allumfassenden Zwekken und Aufgaben des Staates. Zur Verwirklichung dieser Aufgaben erhielt

---

10) Vgl. die Landtagsverhandlungen bei Schaffung des PrWG von 1913 und besonders des SWG von 1909.

11) Tatarin-Tarnheyden, Arch. ÖffRecht 24/345.

12) Koellreutter. Staatslehre, S. 74/75.

13) Hübner, S. 185.

14) Mit dem Ausdruck „Regalia" bezeichnete man alle dem König als dem Träger der obersten Gewalt zukommenden auf öffentlich- oder privatrechtlichen Ursprung zurückgehenden nutzbaren Hoheitsrechte des Inhalts, in einem bestimmten Gebiet, die Ausnutzung des Rechts allein in Anspruch zu nehmen oder aus eigener Machtfülle Dritten die Ausübung zu gestatten. Hübner, S. 286/287.

der Fürst das ius politiae, das als ius imnens ein Generaltitel des Fürsten für alle nur denkbaren Fälle wurde. Nicht für sich nahm der Fürst diese Rechte in Anspruch, sondern für den Staat, dessen erster Diener er war; der oberste Zweck des Staates aber war die Förderung der Einzelperson. Der einzelne hatte seine freie „private" Sphäre. Im Bereich des „öffentlichen" Rechts aber gab es weder Rechte noch Rechtsschutz für den „Staatsangehörigen"[15]). Der einzelne war Objekt der allgewaltigen und allzuständigen Staatsverwaltung, wie die öffentlichen Sachen selbst. Sollten beide in ein Verhältnis zueinander gerückt werden, so war der in der Verwaltung zum Ausdruck kommende Wille des Fürsten allein bestimmend. So wurde aus dem Wasser- und Wegeregal die Wasser- und Wegehoheit; in dem Wort „Hoheit" liegt schon die unbedingte Unterwerfung des Bürgers unter die öffentliche Gewalt[16]).

Diese Vorstellungen wurden abgelöst durch die Idee, die absolut freien Individuen hätten bei ihrem Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft als Kaufpreis einen Teil ihrer natürlichen Freiheit abgegeben[17]), um sich des anderen dann mit desto größerer Sicherheit und Ruhe zu erfreuen[18]). Die Grenzen dieser absoluten Freiheit sollten nur in einem Verfahren festgestellt werden können, an dem der einzelne wenigstens mittelbar beteiligt war. Dieses glaubte man in der parlamentarischen Gesetzgebungsprozedur gefunden zu haben. Was das Individuum an Freiheit und Eigentumsrechten hier nicht „verkauft hatte", war sein Recht und als solches absolut unantastbar. Der einzelne war in seiner Sphäre zum absoluten Herrscher geworden. Zu diesen Vorstellungen kam die für die Theorie des öffentlichen Sachenrechts überaus bedeutsame Konstruktion des Staates als juristische Person, die sich von den einzelnen nicht mehr wesensgemäß, sondern nur durch die Andersartigkeit der verfolgten Zwecke unterscheiden sollte. Soweit man die Staatsperson nicht nur als Trägerin von Rechten und Pflichten und demgemäß als eine den übrigen Rechtspersonen völlig gleichgeordnete Person konstruierte[19]), sondern sie als Subjekt der Rechte, der Pflichten und der Macht ansah und folglich das Verhältnis des Staates zum Untertanen als ein Verhältnis des Herrschers zu einem Beherrschten betrachtete, hatte man sich für eine Kompromißlösung entschieden, der alle Schwierigkeiten einer solchen anhafteten. Merkl[20]) konnte hier mit Recht fragen, wer der Herrschende und wer der Beherrschte sei, wenn der Staatsbürger nach Staatsbürgerrecht Ansprüche gegen den Staat und der Staat die Verpflichtung zur Gewährleistung dieser Ansprüche habe; den Organen des Herrschers, den staatlichen Gerichten, konnte der Herrscher in völliger Gleichordnung mit den Beherrschten unterworfen sein.

---

15) Vergl. Otto Mayer, I, S. 48.
16) Vergl. Koettgen, Hauptprobleme, S. 2 Anm. 1 zum Hoheitsbegriff siehe auch Günther Holstein, S. 48.
17) Gg. Jellinek, System, S. 1.
18) a. a. O. S. 96
19) Kellsen, Hauptprobleme, S. 226.
20) Merkl, Verwaltungslehre, S. 82, 130. Siehe auch unten S. 27 ff.

Das politische Element beider Konstruktionen war die liberale Idee der Gleichordnung des einzelnen mit dem Staat. Mit der Gleichsetzung der juristischen Staatsperson mit der Einzelperson hatte man das Mittel gefunden, den Fremdkörper Staat auf die Ebene des Einzellebens herab zu ziehen; eine bürgerliche Welt übertrug das bürgerliche Rechtsdenken auf den bürgerlichen Staat"[21]).

Die Betonung des bürgerlichen Rechtsdenkens ist auch das Kennzeichen der Theorien des öffentlichen Sachenrechts der liberalen Zeit[22]). Man konnte nicht anders als mit Begriffen wie Eigentum, Eigentumsbeschränkung, Sachherrschaft, Grunddienstbarkeit etc. konstruieren[23]). Daß man dabei die Auffassung vertrat, der Staat habe z. B. bei den fließenden Gewässern nur für die Erhaltung des Ganzen in einem verkehrsfähigen Zustand zu sorgen, der einzelne aber habe die wirtschaftliche Nutzung dieser Objekte[24]), ist ebenfalls der Ausdruck liberalen Denkens, das in der Wohlfahrt des einzelnen den Zweck alles Geschehens erblickte. So stehen alle Theorien des öffentlichen Sachenrechts in dieser Zeit unter zwei beherrschenden, gegenseitig in innerer Abhängigkeit befindlichen Gesichtspunkten: Die Abstellung auf das Interesse des einzelnen und die Einschätzung des Zivilrechts als des Normalrechts[25]). Der freie, nach Zivilrecht lebende einzelne, in dessen Dienst die ihm rechtlich gleichgeordnete und ebenfalls grundsätzlich dem Zivilrecht unterworfene Staatsperson steht, kehrt, offen oder verhüllt, in allen Konstruktionen des öffentlichen Sachenrechts der liberalen Zeit wieder[26]).

§ 3. Zur Dogmengeschichte der öffentlichen Sachen.

So faßten die Pandektisten des vorigen Jahrhunderts anfänglich alle wie auch immer gearteten Rechtsverhältnisse rein zivilrechtlich auf. Das

---

21) Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, S. 11.

22) Entsprechend d. Grundeinstellung das bürgerliche Recht sei das alle Gebiete umfassende absolute Recht. Vergl. Hofacker, Württ. Verw. RPfl Ztschr. 1933, S. 17.

23) Vergleiche Laue, der im Gemeingebrauch eine dem objektiv dinglichen Recht des Privatrechts entsprechende öffentlich-rechtliche Grundstückslast sieht.

24) Sievers, Fischers Ztschr. 71.

25) Von der Vorherrschaft des Privatrechts der vorwiegend zivilistischen Ausbildung der deutschen Juristen und der nur langsamen Durchsetzung des Verwaltungsrechts spricht auch Fleiner, Institutionen S. 41.

26) Charakteristisch Schül, S. 10: Die Privatrechtsordnung ist das Primäre. Die öffentliche Rechtsordnung ist, soweit sie mittelbar eine Herrschaft über Sachen ist, bezogen und sekundär. Sie stellt ein Korrektiv der Privatrechtsordnung dar, um sie mit den gesellschaftlichen Belangen der staatlichen Gemeinschaft in Einklang zu bringen. — Diese geistige Grundhaltung und nicht die verhältnismäßige — noch dazu z. B. im Wasserrecht keineswegs (vergl. PrWG) gegebene — Armut des deutschen Verwaltungsrechts an Rechtsnormen, wie Mahler, S. 7 meint, war auch der Grund dafür, daß die Verwaltungsrechtswissenschaft sich nur Schritt für Schritt von privatrechtlichen Anschauungen hat frei machen können.

27) Fleiner, Umbildung, S. 11/12.

Unbefriedigende einer Konstruktion des allseitig privatrechtlichen Charakters auch der staatsbeteiligten Rechtsverhältnisse führte zu der Formel von den gemischten, teils öffentlich- und teils privatrechtlichen Rechtsverhältnissen mit der man glaubte, die rechtliche Behandlung dieser Verhältnisse und insbesondere die Frage nach der Konstruktion der öffentlichen Sache einer Lösung entgegengeführt zu haben: Es finde hier die „gewöhnliche" privatrechtliche Eigentumsordnung Anwendung, soweit aber das öffentliche Interesse reiche, unterstehe die Sache der Herrschaft des öffentlichen Rechts[27]).

Nach Dernburg[28]) sollen die öffentlichen Sachen Sachen im Sinne des Zivilrechts sein, die im privatrechtlichen Eigentum des Staates stehen. Die Bestimmung für den öffentlichen Zweck aber stelle diese an sich privatrechtlichen Sachen außerhalb des Privatrechts. Privatrechtliche Rechtsgeschäfte vermögen deshalb nicht sie ihrem Zweck zu entfremden. Dritte können juristischen Besitz und Besitzesschutz an ihnen nicht erlangen, Eigentum und Servituten, welche mit ihrem öffentlichen Zweck kollidieren, nicht einmal durch Ersitzung erwerben, Gläubiger können sie nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen etc.[29]). Der Gemeingebrauch ist ihm eine rechtliche Belastung des an sich freien Eigentums[30]), da für den Begriff des Eigentums die Beschränktheit der Detailbefugnisse des Inhabers gleichgültig sei, lasse es sich nicht als Argument gegen das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen anführen, daß das Einkommen des Staates aus denselben — infolge des Gemeingebrauchs — unbedeutend sei. Eigentumsrecht und Gemeingebrauch schlössen sich ihrer eigentlichen Natur nach nicht aus[31]).

Auch für Regelsberger ist das Privatrecht das Natürliche an sich Gegebene: Es gebe Sachen, die von Natur dem Sonderrecht — also dem Privatrecht — zugänglich wären, aber von der Rechtsordnung der allgemeinen Benutzung offen gehalten werden, die res in publico usu[32]). Der Gemeingebrauch begründe für den einzelnen ein Sachenrecht eigentümlicher Art, er sei eine dingliche Belastung ohne gegenüberstehende Berechtigung[33]). Der Gemeingebrauch an einer Sache im Ganzen sei aber nicht Inhalt eines subjektiven Rechts[34]). Auch das Sondernutzungsrecht kann er sich nicht anders denn als dingliches Recht an der Sache vorstellen[35]). Abgesehen von den

---

28) Pandekten, S. 163.
29) a. a. O. S. 164.
30) Ebenso ist nach Wappäus S. 108 der Gemeingebrauch ein sachlicher Mangel des negativen Elements des Eigentums, weil weder der Staat, noch der sonstige Eigentümer der öffentlichen Sache die Benutzung der Sache im Rahmen des Gemeingebrauchs untersagen oder den Gemeingebrauch selbst beschränken darf.
31) Dernburg, Rechtsgutachten, S. 9.
32) Pandekten, S. 418/419.
33) a. a. O. S. 421/422.
34) a. a. O. S. 426.
35) a. a. O S. 429.

inneren Unklarheiten — denn wie kann ein Sachenrecht, selbst wenn es eigentümlicher Art ist, das doch einem Rechtssubjekt zustehen soll, wieder kein subjektives Recht sein? — ist auch diese Theorie der typische Ausdruck zivilistischer, liberaler Doktrin[36]).

Vom ideologischen Standpunkt aus besonders interessant ist die Behandlung des öffentlichen Sachenrechts bei Jhering[37]). Die weltanschauliche Richtung der Jheringschen Theorie des öffentlichen Sachenrechts hat der ihm vollkommen folgende Kuhlenbeck klar herausgearbeitet. Der Grundgedanke der ganzen Lehre zeigt sich in dem Satz, daß das Verhältnis des einzelnen zu den öffentlichen Sachen nicht minder als das Eigentum ein subjektives Recht darstellt. Von diesem Gedanken ausgehend sollte Jherings Lehre gegen eine „wissenschaftlich ganz unhaltbare Auffassung der Praxis, die das unerträgliche Resultat absoluter Rechtlosigkeit des modernen Individuums in dieser Richtung zur Folge haben müsse“[38]) ankämpfen. Kuhlenbeck[39]) spricht zwar davon, daß die Jurisprudenz seit mehr als einem Jahrtausend in engherzig privatrechtlichen Anschauungsformen dermaßen verknöchert sei, daß sie selbst auf staatsrechtlichem Gebiet sich vielfach nur mit privatrechtlichen Analogien zu behelfen vermöge, aber er selbst kann die rechtliche Stellung des einzelnen den öffentlichen Sachen gegenüber nur als subjektives Recht dieses einzelnen konstruieren[40]), für dessen Schutz ihm die bloße polizeiliche Sicherung nicht genügt, er vielmehr nur durch gerichtlichen Schutz die Rechtsstellung des einzelnen für genügend gewahrt hält[41]). Deshalb sieht er das Recht des einzelnen den öffentlichen Sachen gegenüber als „sonstiges Recht“ im Sinn des § 823 II BGB an. Wie sehr er selbst in engherzig privatrechtlicher Anschauung verknöchert ist, zeigt sich daran, daß er „die freie Disposition der Regierungsgewalt durch ihre mit der Aufsicht über die in Frage kommenden Sachen betreuten Verwaltungsbehörden“, die er in der Praxis feststellt, sich nur als Ausfluß eines privatrechtlichen Eigentums des Staates an den in Rede stehenden, natürlich privatrechtlichen Sachen erklären kann. So zeigt sich bei Kuhlenbeck noch deutlicher als bei Jhering selbst die rein privatrechtliche, auf den Privaten und seinen Schutz abgestellte Ide-

---

36) Bezüglich der öffentlichen Flüsse nimmt er allerdings, klarer als Dernburg (S. 167) Herrenlosigkeit an, a. a. O. S. 124.

37) Rechtsgutachten S. 145: ... auf der Bestimmung der (öffentl.) Sachen für eine unbestimmte Vielheit der Personen beruht der juristische Charakter dieser Sachen, dieselbe Stellung die der Eigentümer dem Eigentumsobjekt gegenüber einnmmt, behaupten jene Subjekte, den öffentl. Sachen gegenüber. Ihr Verhältnis zu den Sachen ist nicht minder als das Eigentum ein Recht im subjektiven Sinn... Man hat zwei Sphären menschlicher Berechtigung (an Sachen) zu unterscheiden, die des exlusiven und des allgemeinen Gebrauchs, des Privateigentums und des Gemeingebrauchs.

38) Kuhlenbeck, II, S. 391.

39) a. a. O. S. 394, Anm. 1.

40) a. a. O. S. 402.

41) a. a. O.

ologie als Hintergrund der Jheringschen Konstruktion der öffentlichen Sache[42]).

In rein privatrechtlicher Ideologie ist auch Almsick befangen. Er untersucht[43]) die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs. Almsick glaubt, die Benutzung eines Wasserlaufs stelle sich lediglich als Ausfluß des Eigentümerrechts an diesem dar. Grundsätzlich stehe jede Art der Benutzung dem Eigentümer zu; daß dies in Wirklichkeit nicht der Fall sei, liege nur an dem Bestehen von Beschränkungen des an sich allumfassenden Verfügungsrechts des Eigentümers[44]). Er unterstellt also ohne weitere Begründung, daß alle öffentlichen Sachen, insbesondere auch die Wasserläufe, Sachen nach Zivilrecht seien und demgemäß dem Eigentum nach BGB unterständen. Er geht in seiner privatrechtlichen Ideologie soweit, dem Privateigentümer in den Wassergesetzen die prinzipale Stellung einzuräumen[45]), dem Gemeingebrauch etc. bloß sekundäre Bedeutung beizumessen; bei einer Kollision zwischen Privateigentum und Gemeingebrauch muß nach ihm der Gemeingebrauch weichen[46]), es muß also nach Almsick bei einem Gegensatz zwischen Gemeinnutz und Eigennutz der Eigennutz dem Gemeinnutz das Feld überlassen. Im Einklang mit dieser Auffassung nimmt er an, wenn einem Dritten für dessen privatwirtschaftliche Zwecke eine Nutzung an den Wasserläufen eingeräumt werden soll, so sei der privatrechtliche Vertrag mit dem Eigentümer das Primäre, die eventuell erforderliche polizeiliche Genehmigung das Sekundäre[47]). Die Idee des Privateigentums und zwar die eines in der liberalen Weise falsch verstandenen absoluten Eigentums steht bei Almsick im Vordergrund, dieses absolute Eigentum und seine von außen kommenden Schranken sind der Ausgangspunkt seiner Theorie.

Otto Mayer[48]) geht aus von der scharfen Trennung des Gesamtrechtsstoffs in öffentliches Recht und Privatrecht. Es gibt nach ihm[49]) keine dem öffentlichen und Privatrecht gemeinsamen Rechtsinstitute und ebensowenig gemischte Rechtsverhältnisse. Seit man nach Überwindung der Fiskustheorie den Staat als eine einheitliche Rechtsperson betrachte, sei es nicht mehr denkmöglich, daß dieses eine Rechtssubjekt zugleich als hoheitliche Macht und als gewöhnlicher Privatmann dem Untertanen gegenüber trete. Das Kenn-

---

42) Vergl. Maunz, Hauptprobleme S. 90: Die Wurzel des Übels wird aber wohl darin zu sehen sein, daß Jhering nur das Eigentum an der Sache sieht, und um dieses als Eigentumsbeteiligte alle Subjekte gruppieren möchte, die mit der öffentlichen Sache zu tun haben... Die Betonung des Verhältnisses zum zivilrechtlichen Eigentum erklärt sich aus der rein privatrechtlichen Ideologie Jherings.

43) W. Almsick, „Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs."

44) a. a. O. S. 29/30.

45) a. a. O. S. 79.

46) a. a. O. S. 30.

47) a. a. O.

48) Eine einfache Darstellung der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum findet sich übersichtlich bei Mahler, S. 14/18.

49 I, S. 120. Otto Mayer.

zeichen eines öffentlichen Rechtsinstitutes sei es, daß alle seine Einzelheiten nach den Gesichtspunkten der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der Rechtssubjekte sich gestalten müssen[50]). Anders ausgedrückt, das Zivilrecht sei dort ausgeschlossen, wo der Staat im öffentlichen Interesse tätig erscheine[51]). Ausschließlich um Institute des öffentlichen Rechts handle es sich beim Recht der öffentlichen Sachen[52]), denn die öffentliche Sache soll bei ihrem Zweck erhalten werden und diesem obersten Grundsatz des öffentlichen Sachenrechts entspreche nicht „das freie Spiel der durcheinander wirkenden privatrechtlichen Kräfte"[53]). Das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache müsse sich, wie die ganze öffentliche Verwaltung überhaupt, planmäßig von innen heraus entwickeln[54]); die Rechtsordnung des öffentlichen Rechts sei im Gegensatz zu der Rücksichtslosigkeit des bürgerlichen Rechts überall darauf berechnet, die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen dem wohlerwogenen Bedürfnis des bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung angepaßt zu halten[55]). Der beherrschende Gedanke dieser Theorie ist also die Vorstellung, es gebe zwei voneinander unabhängige Rechtsordnungen, die des privaten und die des öffentlichen Rechts; im Privatrecht herrsche das freie Spiel der Kräfte, im öffentlichen Recht straffe Ordnung, deren innerer Grund darin besteht, daß den gewaltunterworfenen Untertanen der beherrschende Staat gegenübertritt. Die unsichtbare Staatsperson ist nach Mayer Herrscher über Personen und Sachen[56]). Wenn wir die Mayersche Theorie vom nationalsozialistischen Standpunkt aus einer Kritik unterziehen, müssen wir davon ausgehen, daß in einem Staat, der in der Gemeinschaftsbindung das entscheidende politische Element sieht, die Trennung in Privatrecht und öffentliches Recht weithin ihren Sinn verloren hat[57])[58]). Der Nationalsozialismus hat uns gelehrt, daß der Mensch primär nicht für sich lebender Einzelner, sondern Zugehöriger einer Gemeinschaft ist; mag er als Individuum Forschungsobjekt der Naturwissenschaften sein, Erkenntnisobjekt der Geisteswissenschaften ist der Mensch nur als Glied einer Gemeinschaft, in der sein Leben wirklich und praktisch verläuft[59]). Ist also gemeinschaftsbewußtes Denken die Grundkategorie jeder wissenschaftlichen Forschung geworden, so kann eine Unter-

50) I. S. 117, II S. 73.
51) I. S. 118.
52) II. S. 73.
53) II. S. 75.
54) a. a. O.
55) II. S. 100. Vgl. dazu Mayer im ArchÖffRecht 21/501.
56) Maunz, Hauptprobleme, S. 125.
57) Koellreutter, Führerstaat, S. 18.
58) Die geistige Wurzel, aus der die Aufrichtung zweier getrennter Rechtsordnungen erwachsen ist, finden wir anschaulich bei Gierke (DPR S. 26) formuliert: Im Wesen des Menschen sei, wie das Recht selbst, so auch dessen Gabelung in Individualrecht und Sozialrecht angelegt. Denn der Mensch sei zugleich als Individuum eine sich selbst zugekehrte Einheit und als Gesellschaftswesen Teil eines vielgliedrigen Ganzen.
59) Dietrich, S. 16.

scheidung in ein Recht der ungebundenen Gleichen und ein Recht des Herrschers zu Beherrschten nicht mehr geeignet sein, Hilfsmittel der wissenschaftlichen Arbeit zu bilden[60]). Hofacker hat schon vor Jahren darauf hingewiesen, daß die Einteilung in Privatrecht und öffentliches Recht irreführend und nur der Ausdruck einer verschwommenen Gegenüberstellung der Ordnung der Lebensverhältnisse des einzelnen und der Ordnung der Gemeinschaft sei[61]). Heute ist uns alles Recht Gemeinschaftsregelung, „die auf Gemeinschaftsbildung hindrängenden politischen Ideen" sind so stark geworden, daß die „politische, öffentliche Sphäre"[62]) allumfassend geworden ist. Die Unterscheidung in zwei getrennte Rechtsordnungen in der von Mayer betont vertretenen Weise hat damit jede Berechtigung verloren. Mit dieser Feststellung ist die Brauchbarkeit der Mayerschen Lehre von den öffentlichen Sachen für unsere Zeit schon in starkem Maße in Zweifel gestellt.

Selbst wenn man aber seine Lehre dahin umdeuten wollte, man könne das Recht als Ganzes einteilen in zwei Gruppen, die beide Gemeinschaftsregelung und dadurch gleich, aber darin verschieden seien, daß für die eine Gruppe der Vertrag und für die andere der einseitige Hoheitsakt[63]) charakteristisch sei, könne die Bezeichnungen Privatrecht und öffentliches Recht in diesem Sinn verstehen und das öffentliche Sachenrecht dem so mit anderem Sinn erfüllten öffentlichen Recht[64]) zuweisen, so würde sich immer noch bedenkliche Schwächen ergeben.

So sind nach Mayer öffentliche Sachen solche Sachen, die mit ihrer Körperlichkeit einem bestimmten Zweck des Gemeinwesens unmittelbar zu dienen bestimmt sind und das Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Sachen ist nach ihm ein öffentliches Eigentum. Darunter versteht Mayer den Inbegriff der rechtlichen, sich auf der Grundlage rechtliche Ungleichheit vollziehenden Beziehungen, die die Macht über eine Sache geben[65]). Mayer widerspricht sich hier selbst: Er sieht die öffentlichen Sachen als Sachen des Zivilrechts an und geht doch aus von der ausschließlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Recht[66]). Welch schweren Bedenken es begegnet, die Wasserläufe unter die öffentlichen Sachen zu bringen — wie es Mayer tut — wenn man den Sachbegriff des BGB beibehält, wird weiter unten[67]) nachgewiesen werden.

Eine wesentliche Rolle in der Mayerschen Konstruktion spielt der öffent-

---

60) Eine andere Funktion hat aber die Unterscheidung nach richtiger Ansicht nie gehabt. Vergleiche Kisch: Die Rechtsvorschriften eines Instituts ... sind dem einen oder anderen Gebiet zuzuweisen, je nachdem sie sich in ihrer Gesamtheit durch Annahme eines öffentlich-rechtlichen oder eines privatrechtlichen Institutes besser und einheitlicher erklären lassen. S. 64.

61) Aufbau, S. 8. Vergl. Merkl, S. 84.

62) Koellreutter, Staatslehre, S. 14.

63) Koellreutter, HWR, IV 265 ff.

64) siehe unten S. 25 ff.

65) Mayer II S. 71, 73, 74.

66) Vgl. Maunz, Hauptprobleme, S. 124.

67) siehe unten S. 16 ff.

liche Zweck. Die „öffentliche Zweckbestimmung" die „Unmittelbarkeit des Dienstes für den öffentlichen Zweck" kehrt bei ihm immer wieder. Man glaubte sich zur Verwendung des Zweckbegriffs in der Konstruktion der öffentlichen Sache wohl dadurch berechtigt, daß der Zweck hier keine „bloß ökonomische" — und deshalb rechtlich zweifellos bedeutungslose — sondern eine „rechtliche Bestimmung" der Sache sei[68]). Eine rechtliche Bestimmung setzt aber einen Rechtsakt voraus, durch den die Bestimmung erfolgt und hier enthüllt sich eine Verwechselung des Zweckes mit der Widmung, dem staatlichen Schöpfungsakt der öffentlichen Sache. Diese Widmung als der zweckbestimmende Rechtsakt muß im Mittelpunkt der Untersuchungen über die öffentliche Sache stehen, nicht der „Zweck", auf dessen vorwiegend psychologische Natur Köttgen mit Recht hinweist[69]).

Ein weiterer Konstruktionsfehler liegt darin, daß durch die falsch verstandene Zweckbestimmung ein falsch verstandenes absolutes Privateigentum zurückgedrängt werden sollte[70]).

Im Anschluß an seine Definition der öffentlichen Sache sagt Mayer[71]), nicht alle Sachen, die zur Erfüllung des öffentlichen Zweckes geeignet und einem Subjekt öffentlicher Verwaltung zugehörig seien, seien deshalb schon öffentliche Sachen im Rechtssinn. Die Bedeutung der Sache für den öffentlichen Zweck müsse vielmehr eine unmittelbare sein. Die öffentliche Sache sei nicht ein Mittel wie ein anderes, dessen sich das Gemeinwesen bei seiner Tätigkeit zur Verfolgung dieses Zwecks bediene, sondern stelle selbst mit ihrem Dasein den verwirklichten Zweck vor, das öffentliche Unternehmen als Stück öffentlicher Verwaltung. Gegen diese Auffassung, daß in der öffentlichen Sache ein Stück öffentlicher Verwaltung verkörpert sei, wendet sich die Kritik Georg Jellineks[72]): Die Mayersche Darstellung sei bestenfalls ein Bild, das nichts erkläre. Verwaltung sei Tätigkeit, Sache, Substanz, es sei undenkbar, daß ein Ding selbst die Verkörperung seiner Tätigkeit sei. Es

---

68) Eise, S. 22.

69) „Ist der Zweck die antizipierte Vorstellung unseres Handelns, so ist jedes Zweckmoment von Haus aus psychologischer Natur. Auch bei der öffentlichen Anstalt besagt die begriffliche Bindung an einem öffentlichen Zweck ursprünglich nichts anderes als daß von den Organen der Anstalt eine bestimmte geistige Haltung erwartet wird ... auch die juristische Begriffsbildung kann nicht unmittelbar an die Zweckvorstellung, sondern lediglich an bestimmte äußere Tatbestände anknüpfen, die erfahrungsgemäß als typischer Reflex einer bestimmten psychologischen Haltung betrachtet werden können." Veröffentlichungen des VDStL 6/115.

70) Darauf, daß auch der Mayerschen Lehre die Annahme eines an sich absoluten Privateigentums stillschweigend zu Grunde liegt, weist Hofacker, StV S. 107, hin.

71) Mayer II. S. 72.

72) VA V/308. Jellinek leugnet die Möglichkeit eines öffentlichen Sachenrechts überhaupt, denn öffentliches Recht bedeute soviel wie Herrschaftsrecht (imperium) und eine Befehlsgewalt könne nicht über Sachen, sondern nur über Menschen ausgeübt werden. System S. 72. Layer hält dem mit Recht entgegen, daß es auch keine Privatrechte gegen Sachen gibt, denn das Recht regelt nur Beziehungen von Rechtssubjekten zu Rechtssubjekten.

könne das Resultat einer solchen sein, nicht aber die Tätigkeit selbst. Ebenso sagt Maunz mit Recht, Mayers Bemühen, eine Tätigkeit, nämlich die öffentliche Verwaltung und ein subjektives Recht, nämlich das Privateigentum, zu einem einheitlichen Begriff verbinden zu wollen sei verfehlt; diese zwei miteinander nicht vergleichbaren und an einem gemeinsamen Oberbegriff nicht meßbaren Größen ließen sich nicht addieren[73]).

Die beiden Begriffsmerkmale der Mayerschen Definition der öffentlichen Sache, in denen die Bestimmtheit für den öffentlichen Zweck zum Ausdruck kommen soll, nämlich die äußere Beschaffenheit der Sache und die Zugehörigkeit an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung[74]) genügen nach Mayers eigener Ansicht noch nicht, um den „großen Umschlag" vom Privatrecht ins öffentliche ReRcht herbeizuführen. Entscheidend sei vielmehr der Willensakt der Verwaltung, durch welchen die Sache in den Dienst des öffentlichen Zwecks gestellt werde, ihre Widmung für diesen Zweck. Diese Widmung sei kein Verwaltungsakt, vielmehr nur der ins Werk gesetzte Wille des Staates, von nun an den bestimmten öffentlichen Zweck durch diese Sache zu erfüllen — etwa der handelsrechtlichen Geschäftseröffnung zu vergleichen. Hier fällt ein erhebliches Mißverhältnis in der Konstruktion auf, das darin besteht, daß einem rein tatsächlichen Vorgang die weittragendsten rechtlichen Folgen beigelegt werden[75]).

Bei der Untersuchung der Nutzungsformen, in denen von der öffentlichen Sache Gebrauch gemacht werden kann, geht Mayer richtig davon aus, daß die öffentlichen Sachen Zwecken des allgemeinen Wohles dienen, solche Zwecke aber möglicherweise gerade dadurch erfüllt werden, daß die Sache den einzelnen Menschen im Staat einen Nutzen und Vorteil gewährt. Dieser Ausgangspunkt hätte Mayer nahelegen können, daß es sich hier um Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben durch Verwaltung und Gemeinschaftsglied in einem Mitarbeiterverhältnis handelt, wäre er nicht von ganz anderen weltanschaulichen Vorstellungen beherrscht gewesen.

So sagt er bezüglich des Gemeingebrauchs, im Rechtsstaat gebe es einen gewissen Kreis solcher Lebensäußerungen, der als natürlich und selbstverständlich angesehen wird, derart, daß auch die öffentliche Gewalt ihn zu achten hat, und in ihn eingreifen darf nur in der Kraft des Gesetzes. Was dahin gerechnet wird, bezeichnet er als die dem Menschen im Staat zukommende Freiheit und rechnet zu dieser auch die bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Sachen, welche dem Gemeingebrauch gewidmet sind und so lange sie das sind. Es handle sich hier zwar um kein subjektives öffentliches Recht, wohl aber um ein Stück verfassungsmäßig gewährleisteter Freiheit des Menschen im Staat, um einen rechtlich wohlgesicherten Vorteil des einzelnen[76]). — Die Annahme einer an sich bestehenden Freiheitssphäre des einzelnen, die dem Staat gegenüber als Menschenrecht rechtlich gesichert

73) Maunz, Hauptprobleme, S. 135.
74) Mayer II, S. 72.
75) Siehe unten S. 57 f.
76) Mayer II, S. 142.

ist[77]) und die nur beeinträchtigt werden kann durch formelles, im parlamentarischen Weg ergangenes Gesetz, ist eine ausgesprochen liberale Vorstellung; besteht doch die Freiheit des Individuums nach dieser Ideologie in der rechtlich gesicherten Unantastbarkeit der privaten Sphäre[78]). Der nationalsozialistische deutsche Staat kann eine solche Trennung und Gegenüberstellung der Gemeinschafssphäre und der Individualsphäre nicht mehr aufrecht erhalten[79]). Damit ist auch der Gemeingebrauch als ein Stück Freiheit vom Staat[80]) keine tragbare Vorstellung mehr. Mit der Definition des Gemeingebrauchs als in die Freiheit des einzelnen gestellte bestimmungsgemäße Benutzung der solchem Dienst gewidmeten öffentlichen Sachen[81]) verzichtet Mayer auch schlechthin auf eine rechtliche Qualifizierung der in bezug auf den Gemeingebrauch bestehenden rechtlichen Beziehungen[82]). Bei einer juristischen Untersuchung kann es aber nur auf die rechtliche Qualifizierung ankommen, mit einer resignierten Kapitulation, es liege ein rein tatsächlicher Vorgang vor, ist der rechtlichen Erkenntnis nichts gedient[83]). Mayer hat übersehen, daß es sich bei der rechtlichen Beurteilung der Benutzung der öffentlichen Sachen nicht um die Qualifizierung der betreffenden Lebenshandlungen, wie Schwimmen, Schöpfen, Kahnfahren etc. handelt, sondern um die dadurch entstehenden rechtlichen Zustände, eben die Rechtsverhältnisse, für deren Entstehen jene Handlungen, rechtlich gesehen, nur ein Tatbestandsmerkmal bilden[84]).

Aus diesem und den weiteren, oben näher dargelegten Gründen muß die Brauchbarkeit der Mayerschen Theorie der öffentlichen Sache verneint werden.

Vor Mayer hat den Gedanken, die öffentliche Sache ganz und nach allen Seiten dem öffentlichen Recht zuzuweisen, insbesondere Eisele vertreten. Er hat die Lehre von den öffentlichen Sachen insofern gefördert, als er von der zu seiner Zeit herrschenden Theorie des gemischten (teils öffentlich- und teils privatrechtlichen) Charakters der öffentlichen Sache abgerückt ist. Die Klarheit der Konstruktion hat bei ihm zugenommen, der weltanschauliche Ausgangspunkt aber ist der gleiche geblieben: Das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen ist für Eisele Eigentum im Sinne einer unbeschränkten Herrschaft über Sachen. Das Positiv-Charakteristische des Privateigentums

77) a. a. O. Anm. 10.
78) Maunz, Neue Grundlagen, S. 45.
79) a. a. O. S. 29.
80) „Moderne Freiheit ist Freiheit vom Staat verbunden mit dem Recht Einfluß zu üben auf die Staatsgewalt im Interesse des Individuums" so Gg. Jellinek, S.
81) Mayer II, S. 143.
82) Maunz, Hauptprobleme, S. 131.
83) Schlegelberger sucht den rein tatsächlichen Charakter des Gemeingebrauchs durch folgendes Bild zu erläutern: Wenn jemand für ein Fest einen Saal mietet, so bestehen rechtliche Beziehungen zwischen Gastgeber und Saaleigentümer. Die Benutzung des Saales durch die Gäste aber ist vom Standpunkt der Gäste aus gesehen, rein tatsächlich. ZAR 11/294.
84) Maunz, Hauptprobleme, S. 131.

sei die vollständige Kongruenz von Inhalt des Rechts und Objekt des Rechts. Es sei nicht in und an der Sache, was nicht auch Inhalt dieses Rechts wäre. Ganz denselben Typus habe aber auch das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen[85]). Er nennt dieses Recht des Staates publizistisches Eigentum, den Gemeingebrauch ein publizistisches Recht[86]).

Lange vor Mayer hat den Gedanken eines öffentlichen Eigentums schon Schwab vertreten. Nach ihm ist das Staatseigentum entweder eine öffentlich-rechtliche, einem sogenannten Hoheitsrecht am nächsten kommende Befugnis oder wirkliches Privateigentum[87]). Demgemäß unterscheidet er zwischen eigentlichem (öffentlichen) Staatseigentum und Staatsprivateigentum. Bei dem öffentlichen Eigentum seien die Befugnisse des Eigentümers durch die rechtliche Natur und den Zweck, zu welchem die Gegenstände vorhanden seien, in bezug auf die unbeschränkte Dispositionsbefugnis und das Ausschließungsrecht beschränkt. Auch hier kehrt also die Vorstellung eines absoluten Privateigentums und die von außen kommender Schranken wieder[88]).

Mayerschen Gedankengängen folgt im wesentlichen Kisch. Er weicht aber insofern von ihm ab, als ihm das öffentliche Eigentum nicht eine ganz andere Kategorie von Recht ist, das mit dem Eigentum im privatrechtlichen Sinn wenig mehr gemeinsam hat als den Namen, sondern eine Unterart des privaten Eigentum und öffentliches Eigentum vereinigenden Oberbegriffs „Eigentum". Ebenso Edith Satz, Fischers Ztsch. Bd. 70. S. 248. Den Gemeingebrauch hält Kisch für einen rechtlich geschützten Vorteil, dessen Verletzung den Beeinträchtigten nur einen Schadensersatzanspruch nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen gewähre[89]).

Ein Anhänger Mayers ist auch Layer. Nach ihm liegt das entscheidende Kriterium des Unterschiedes zwischen Privateigentum und öffentlichem Eigentum in der Verschiedenheit der Normen, welche das Verhältnis des Eigentümers mit Beziehung auf die Sache regeln. Diese Normen seien in dem einen Fall öffentlich-rechtlich, in dem sie das öffentliche Interesse schützten; das anderemal privatrechtlicher Natur, in dem sie lediglich das Privatinteresse an der dem Privatgebrauch dienenden Sache deckten[90]). Durch die Widmung für den öffentlichen Zweck sei etwas in das Eigentum hineingetragen, was dem Privateigentum völlig fremd sei und sofort die ganzen rechtlichen Beziehungen umkehre[91]). Zum Verständnis dieser These Layers muß erwähnt werden, daß er unter Eigentum das Recht versteht, alle anderen Rechtssubjekte von jedem Eingriff in die durch das Eigentum am konkreten Objekt umgrenzte Sphäre freier individueller Willensherrschaft und Interessenbefriedigung auszuschließen[92]). Auch Layer geht also aus von einem

85) Eisele, S. 25.
86) a. a. O. S. 27.
87) Schwab, S. 32.
88 Vergleiche auch Wappäus S. 78.
89) Kisch, S. 679.
90) Layer, S. 592, 593.
91) a. a. O. S. 648.
92) a. a. O. S. 646, 647.

absoluten Eigentum, von der zivilrechtlichen Sachqualität der öffentlichen Sachen, insbesondere aber von der Unterscheidung zwischen Rechtssätzen, die „nur staatlichen Zwecken" dienen und solchen, die „rein individuellen Zwekken" dienen und bietet so mit seiner Lehre ein Beispiel wie „der Gegensatz Individuum — Staat in immer neuen Variationen durch die mannigfaltigsten Erscheinungsformen des Rechts durchgeführt wurde"[93]).

Von weiteren Anhängern Mayers seien noch erwähnt Apelt[94]), Walter Schelcher[95]), Herbert Schlecher[96]), Bühler[97]) und Eymann[98]).

Von besonderer Bedeutung für das öffentliche Sachenrecht ist die Theorie des Reflexes des objektiven Rechts. Unter einem Reflexrecht versteht man die dem einzelnen zwar förderliche, aber nicht mit einem individuellen Wollendürfen verbundene Ausstrahlung objektiven Rechts[99]). Nach Georg Jellinek waren die Reflexrechte im Entstehen begriffene formelle Rechte; er konstatierte dabei einen großen geschichtlichen Zug in allen modernen Staaten, den Kreis der formalen Rechte fortwährend zu erweitern[100]). Bloße Reflexwirkungen seien in der Regel die Rechte auf den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen. Die Öffentlichkeit derartiger Objekte bestehe in den Rechtssätzen, welche die Zulassung des Publikums zu ihrem Gebrauch gebieten. Das Merkmal der Öffentlichkeit ist also für Jellinek, da im liberalen Sinn das „Publikum" nur die Summe der einzelnen sein kann, ein Vorteil des einzelnen, während nach nationalsozialistischer Auffassung die Öffentlichkeit einer Sache Verwaltung dieser Sache durch die Gemeinschaft und für die Gemeinschaft bedeutet. In einem anderen Sinn versteht Georg Jellinek unter der Öffentlichkeit die Verpflichtung, mit jedermann unter bestimmten Bedingungen ihrem Inhalt nach von vorneherein fixierte Rechtsgeschäfte abzuschließen, also eine Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Sache zum Eingehen von Nutzungsrechtsverhältnissen und zwar eine Verpflichtung dem Benutzer gegenüber. Diese Betonung der Pflichtstellung der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem einzelnen ist eine Folge des liberalen Gedankens der Sicherung und Erweiterung der Individualsphäre der Bürger.

Die Reflextheorie wird auch von Fleiner vertreten. Es besteht nach ihm kein subjektives Recht auf Benutzung der öffentlichen Sache für die individuellen Zwecke des einzelnen, sondern der auf ein konkretes Objekt gerichtete allgemeine Anspruch der Gebietsangehörigen zu den der allgemeinen Benutzung unterliegenden öffentlichen Einrichtungen zugelassen zu werden und deren Eigenschaften im individuellen Interesse gebrauchen zu dürfen[101]). Fleiner hält selbst die Reflexrechte für eine ausgesprochen rechts-

93) Maunz, Neue Grundlagen, S. 27.
94) Apelt, Fischers Ztschr. 30/99.
95) Fischers Ztschr. 46/393.
96) Fischers Ztschr. 48/345.
97) VA 27/287.
98) Eymann II, S. 507.
99) Stödter, S. 28.
100) Georg Jellinek, System S. 71. Dazu Maunz, Neue Grundlagen, S. 27.
101) Fleiner, Institutionen, S. 374, 375.

staatliche Erfindung[102]); mit Recht, denn auch der Figur des Reflexrechts stand letzten Endes das unverrückbare Ziel vor Augen, mitzuhelfen, daß selbst dem Herrscher Staat gegenüber dem letzten Bürger im Land sein Recht würde[103]).

Von neueren Theorien über die öffentliche Sache darf als bemerkenswert noch die von Laue[104]) erwähnt werden. Er geht davon aus, daß der Gemeingebrauch eine Befugnis auf öffentlich rechtlicher Grundlage ist[105]), ein Nutzungsrecht an einer fremden Sache. Sein wesentliches Merkmal bestehe in der untrennbar mit einem bestimmten Objekt verbundenen Eigenschaft dem öffentlichen Gemeingebrauch in einem bestimmten Umfang zu dienen. Auf der subjektiven Seite handle es sich um eine vom Willen des einzelnen unabhängige und den Wechsel der einzelnen überdauernde Befugnis, bei der weder der Kreis der Berechtigten noch der die Befugnis tatsächlich Ausübenden festumgrenzt sei. Im privaten Recht gebe es für analoge Verhältnisse Reallasten als objektive bezw. subjektive dingliche Rechte. Genau so wie bei einem privatrechtlich objektiv dinglichen Recht, so sei auch beim Gemeingebrauch Berechtigung und Verpflichtung an ein Grundstück geknüpft und damit eine von dem Willen des einzelnen unabhängige und den Willen des einzelnen überdauernde Rechtsordnung hergestellt; der Gemeingebrauch sei also eine dem objektiv dinglichen Recht des Privatrechts entsprechende öffentlich rechtliche Grundstückslast[106]). Auch diese moderne Theorie der öffentlichen Sache geht also von dem nichtbewiesenen Grundstückscharakter der öffentlichen Sache aus; der Vorwurf Kuhlenbecks[107]), die Jurisprudenz könne sich auch auf nicht privatrechtlichen Rechtsgebieten nur mit privatrechtlichen Gesichtspunkten und Analogien behelfen, trifft auch für diese Theorie zu.

§ 4. Die Sachqualität der öffentlichen Wege und insbesondere der öffentlichen Wasserläufe.

In allen bisher dargestellten Theorien über die öffentliche Sache ist — ausgesprochen oder unausgesprochen — die öffentliche Sache als Sache im

102) a. a. O. S. 172.

103) Fleiner, Umbildung, S. 24. Vergleiche Hatschek, S. 433, Maunz, Neue Grundlagen, S. 35. „Auch das Reflexrecht ist eine reine Normenfunktion, ein abstrakter lebensunechter Begriff, den man dem Rechtsempfinden des deutschen Volkes noch ungleich schwerer wird verständlich machen können, als den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts." Den Versuchen, die Figur des Reflexrechts für den Neubau des Verwaltungsrechtes zu verwenden, soll deshalb auch hier nicht gefolgt werden. Vergleiche Tatarin-Tarnheyden. ArchÖffRecht 24/353, 357.

104) VA 33/1 ff.

105) a. a. O. S. 57, 58.

106) a. a. O. S. 115.

107) Kuhlenbeck, II, S. 393, siehe auch oben Anm. 37.

Sinn des Zivilrechts behandelt worden[108]). Es handelt sich hier, wie oben schon mehrfach angedeutet, um einen Fall, der eine durchgängige Erscheinung der liberalen Doktrin bildenden, teils auf bloßer Gerichtspraxis, insbesondere der des Reichsgerichts und teils auf Irrlehren beruhenden Überstreckung des Zivilrechts auf nicht zivilrechtliche Gebiete[109]). Hofacker hat diese Erscheinung näher untersucht und auf die vielfache unzulässige Verwendung des bürgerlich-rechtlichen Sachbegriffs als einen der hauptsächlichsten praktischen Fälle der Überstreckung des Zivilrechts hingewiesen[110]).

Maunz[111]) kommt nach Prüfung des Sachbegriffs des BGB und des zivilistischen Sachenrechtsbegriffs zu dem Ergebnis, die Schwierigkeiten des Zivilrechts bei dem Versuch einer theoretischen Ausbildung eines Systems von subjektiven Sachenrechten hätten dem Verwaltungsrecht allen Anlaß geben dürfen, von vorneherein davon Abstand zu nehmen für das öffentliche Sachenrecht ein anderes gemeinsames Merkmal finden zu wollen, als das Befaßtsein mit öffentlichen Sachen. Daß dies nicht geschah, daß man vielmehr der allgemeinen Neigung, das Zivilrecht zu überstrecken, auch hier folgte, hat seinen tiefsten Grund, wie oben dargelegt, eben in der Vorstellung, das Zivilrecht sei das Normalrecht und die Zivilrechtsvorschriften allgemeine Denkregeln[112]).

Allen oben dargestellten Theorien ist aber weiter gemeinsam, daß sie die öffentlichen Wege und Wasserläufe unter die öffentlichen Sachen einreihen. Die juristische Unmöglichkeit dieser Konstruktion beweist Mahler[113]) bezüglich der öffentlichen Wege, der folgendes darlegt: Versteht man unter einem Weg einen hergerichteten Grundstücksstreifen oder einen Teil des Erdbodens oder eines damit fest verbundenen Körpers und unter einem Grundstück mit dem Reichsgericht den abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, über den ein Grundbuchblatt geführt wird, so kann, wenn ein Weg nur einen Teil der Fläche eines Grundstücks einnimmt und für ihn kein besonderes Grundbuchblatt existiert, der Weg keine selbständige Sache sein. Aber auch der Weg, für dessen Grundfläche ein Grundbuchblatt besteht, kann nicht als Sache im Sinn des Privatrechts angesehen werden. Die Bezeichnung Weg ist vielmehr nur der Ausdruck einer Verkehrsbeziehung.

---

108) Typisch Hatschek: „Die öffentlichen Sachen sind nicht etwa dem bürgerlichen Recht entzogen, sondern unterliegen ihm." S. 429. Auch die Vertreter des öffentlichen Eigentums sprechen von einer „unleugbaren sachenrechtlichen Beziehung zu den öffentlichen Sachen" so Edith Satz Fischers Ztschr. 70/236.

118) StV, S. 88 ff, 93 ff, Hofacker.

110) a. a. O. S. 96. Der Überstreckung des Zivilrechts entsprach die Überstreckung der Zivilgerichtsbarkeit. Der unabhängige Richter war der Hort der bürgerlichen Freiheit, man wollte nicht sehen, daß „der Gedanke, die Verwaltung dadurch zu vervollkommnen, daß Zivilgerichte, die doch auch Staatsorgane sind, den Staat oder den Beamten eine Rechtspflicht zur guten Verwaltung auferlegen, Münchhausens lustiger Einfall ist, sich an den eigenen Haaren in die Höhe zu ziehen." Hofacker, Der Einzelne, S. 52.

111) Maunz, Hauptprobleme, S. 42, 43.

112) Hofacker, StV, S. 93.

113) Mahler, S. 32.

Unter einem Wasserlauf verstehen wir alle in natürlichen oder künstlichen Betten oberirdisch fließenden Gewässer, wobei als Gewässer der Inbegriff von Wasser und tragendem Boden (Wasserlaufbett) gelten soll. Wenn wir die zwei Hauptmerkmale des Wasserlaufbegriffs daraufhin untersuchen, ob sie als Merkmale der Sache im Sinne des § 90 BGB, also eines körperlichen Gegenstandes angesehen werden können, so sehen wir, daß zwar das Bett als Teil der Erdoberfläche zweifellos Körper ist, daß aber das fließende Wasser Körper unmöglich sein kann; es ist im Gegenteil „diejenige Fluente, Veränderliche, aus der schon Heraklit die Welterkenntnis geschöpft hat, daß sie den Gegensatz zur konstanten Größe bildet und es ist wenig wahrscheinlich, daß nur für das Recht dieser Gegensatz unbeachtlich sein sollte“[114]). Von den zwei Hauptmerkmalen des Wasserlaufs kann logisch also ein Merkmal nicht unter den Begriff „körperlicher Gegenstand“ gebracht werden, infolgedessen kann auch der Wasserlauf selbst nicht körperlicher Gegenstand sein[115]).

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist demnach, daß der Wasserlauf nicht Sache im Sinn des Zivilrechts sein kann. Dies ist jedoch keineswegs unbestritten.

Diejenigen, die die Sachqualität des Wasserlaufs bejahen, haben die Wassermenge des Wasserlaufs als Ganzes zum Ausgangspunkt genommen[116]) und dabei folgende Überlegung angestellt: Wenn man bei dem fließenden Wasser einen bestimmten Zeitpunkt ins Auge fasse, so unterscheide sich das Wasser, das sich in diesem Augenblick in einer „geschlossenen Abgrenzung“ (womit die Eigentumsgrenzen gemeint sind) befinde, in nichts von dem in einem geschlossenen Teiche befindlichen Wasser. Im nächsten Augenblick sei das Wasser zwar nicht mehr das gleiche, trotzdem sei aber auch hier wieder in der gleichen Weise in der gegebenen Abgrenzung eine bestimmte Wassermenge vorhanden[117]). Darin sah man die für den Sachbegriff notwendige Konstanz gegeben und glaubte deshalb von einem „bleibenden Wasserkörper des Flusses“[118]) sprechen zu dürfen. Man stützte diese Theorie noch damit, daß man bei unzweifelhaften Körpern, z. B. dem tierischen Körper, infolge des Stoßwechselkreislaufs eine ähnliche Erneuerung feststellen wollte[119]).

Diese Beweisführung leidet darunter, daß sie juristische und naturwissenschaftliche Begriffe miteinander vermengt. Das Wasser, das sich in einem Teich befindet, befindet sich wie das Wasser in einem Gefäß objektiv naturwissenschaftlich in einer dreiseitigen Begrenzung. Das Wasser innerhalb der Eigentumsgrenzen eines Flußstücks aber befindet sich innerhalb zweier natürlicher und zweier juristischer Grenzen. Bei der Frage, ob das fließende Was-

114) Hofacker VA 30/170.
115) a. a. O. S. 168.
116) Reiserer, S. 32.
117) Dieser Gedankengang liegt insbesondere Eugen Huber S. 518—521 zu Grunde. Ebenso Endemann und Krische, vgl. Fischers Ztschr. 46/330 ff.
118) „Einer Gesamtsache Wasserlauf“ W. Müller Fischers Ztschr. 63/152

ser als Körper bezeichnet werden kann, handelt es sich aber um eine rein tatsächliche Frage, deren Beantwortung juristische Folgen hat, deren Lösung aber nicht selbst mit juristischen Vorstellung, wie den Eigentumsgrenzen, vermengt werden darf.

Praktisch ohne Bedeutung ist die Überlegung Aströms[120]), ein gewisses Flußgebiet als Ganzes müsse als selbständiger Körper betrachtet werden, denn es sei durch die Wasserscheiden gegen die anliegenden Flußgebiete durchaus abgegrenzt und auch durchaus ein der menschlichen Herrschaft unterworfener Körper. Bejaht er so die Sachqualität der „Totalität aller Rezipienten" eines Flußgebiets, so muß er selbst dieselbe für die einzelnen Rezipienten d. h. die einzelnen Wasserläufe, auf die unsere Untersuchung allein abstellt, verneinen.

Das Reichsgericht[121]) führt aus, der nach örtlichen Grenzen bezeichnete Teil eines öffentlichen Flusses stelle sich dar als ein bestimmbarer und bestimmter, räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche, also als ein Grundstück und sei mithin als unbewegliche Sache sowohl im Sinn des materiellen Rechts wie des § 24 ZPO anzusehen. Diese Auffassung vom „Wassergrundstück", bei der das Grundstück als das wesentliche und das fließende Wasser als das nebensächliche erscheint, findet sich auch sonst[122]). Daß es logisch aber nicht haltbar ist, von zwei wesentlichen Merkmalen eines Begriffs ein Merkmal für unwesentlich zu erklären, bedarf keines Hinweises. — In einer späteren Entscheidung weicht das Reichsgericht der Frage nach der Sachqualität des Wassers aus, indem es sagt, das Eigentum ergreife jedenfalls das Flußgrundstück, also das Flußbett und damit auch den über dem Bett befindlichen Raum indem sich das Wasser bewegt. § 905 BGB[123]). Auf diese Theorie wird unten[124]) bei der Frage der Eigentumsfähigkeit der Wasserläufe noch einzugehen sein.

Kloeß lehnt den römischrechtlichen Begriff der öffentlichen Sache, der Besitz verlange für die Wasserläufe, ab. Er glaubt die im Wasserrecht herrschende Verwirrung auf den Einfluß des römischen Rechts zurückführen zu dürfen[125]).

Köttgen (S. 30) sagt, die Sachqualität des Wassers im Gegensatz zu seiner Fähigkeit, Eigentumsobjekt zu sein, sei nie bestritten worden. Dies ist eine contradictio in adjecto, denn Eigentumsobjekt nach § 903 ff BGB können nur Sachen im Sinn des § 90 BGB sein; wurde also die Fähigkeit des Wassers, Eigentumsobjekt zu sein, bestritten, so wurde damit die Sachqualität bestritten, wurde sie aber nicht bestritten, so fragt man sich, warum dann die

---

119) Eugen Huber, a. a. O.
120) Aström, S. 13, 19.
121) RGZ 53/98.
122) Reiserer, S. 14.
123) RGZ 94, 35 ff. Vergleiche hierzu Almsick S. 28, 29.
124) siehe unten S. 62.
125) Kloess, S. 40 ff, 162 ff, vgl. unten S. 60.
126) ArchÖffRecht 1/277, 278.

Eigentumsfähigkeit bestritten werden sollte. Friedrichs[126]) sagt, wenn schon bei einer zusammengesetzten Einzelsache das Ganze beim Wechsel der Teile das Nämliche bleiben könne, so sei diese Erscheinung für den Inbegriff, z. B. einen Bach geradezu wesentlich: dies ist für die zusammengesetzte Einzelsache und für den Sachinbegriff im Sinn des BGB sicher richtig; daraus aber für die Wasserläufe, deren Sachqualität erst der Untersuchung bedarf, Schlüsse zu ziehen, wäre unzulässig. Sicher erscheint uns der Wasserlauf stets als derselbe Strom, es handelt sich hier um eine formale, logische Einheit, die sich aus der subjektiven Zusammenfassung gemeinsamer Merkmale ergibt[126]). Dies ist aber für die Frage nach der tatsächlichen Körperlichkeit oder Nichtkörperlichkeit ohne Belang.

Nach Kappeller[128]) erscheint der Fluß gewissermaßen als unbewegliche Totalität, womit er aber anscheinend nicht die Sachqualität des fließenden Wassers bejahen will.

Moll[129]) stellt richtig fest, daß die einzelne Wasserwelle keine eigentliche Sache im Rechtssinn — er meint im Sinn des § 90 BGB — darstellt, sondern lediglich als eine Bewegung des Wassers anzusehen ist, womit eigentlich die Sachqualität des fließenden Wassers, dessen Begriff durch die Bestandteile Substanz und Bewegung gebildet wird, verneint sein müßte.

Schelcher[130]) erkennt, daß die für die rechtliche Eigenschaft des fließenden Wassers bestimmenden Erwägungen nicht ohne weiteres maßgebend seien auch für die Rechtsnatur des Wasserbetts.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß unsere These, der Wasserlauf könne nicht Sache im Sinn des BGB sein, durch die dagegen vorgebrachten Argumente nicht erschüttert werden konnte. Daraus folgt aber: Der Begriff „Sache" bei „öffentlicher Sache" kann nicht der Begriff Sache im Sinn des § 90 BGB sein, wenn, wie es regelmäßig geschieht, die Wasserläufe unter die öffentlichen Sachen subsumiert werden sollen[131]).

§ 5. Die öffentliche Sache und die öffentliche Anstalt.

Kann die öffentliche Sache nicht Sache im Sinn des Zivilrechts sein[132]), so ergibt sich die Notwendigkeit, Umschau zu halten nach einer anderen Konstruktion der öffentlichen Sache. Hier hat Maunz erhebliche Vorarbeit geleistet. Seine eingehenden Untersuchungen auf die hier Bezug genommen werden darf, haben ihn zu der Erkenntnis geführt, daß die öffentliche Sache

---

127) Georg Jellinek, System S. 22.
128) Kappeller, S. 84.
129) Moll, Gruchot. 51/316.
130) Schelcher, Fischers Ztschr. 51/307.
131) Daß dasselbe für die öffentlichen Wege gilt, wurde oben S. 17 erwähnt.
132) Die Leugnung der Sachqualität der öffentlichen Sache bedeutet keine Verneinung ihrer Rechtsobjektivität. Daß die öffentliche Sache ein Rechtsobjekt ist, auf das sich Rechtsverhältnisse beziehen können, wird auch hier vertreten. Vergleiche Maunz DVBl 1935/104.

zwar den Zweck hat, auf reale Substrate angewandt zu werden, selbst aber nicht Substrat ist, vielmehr als Rechtsbegriff von substantiellen Vorstellungen völlig loszulösen ist[133]). „Der öffentliche Fluß als öffentliche Sache im Rechtssinn ist weder Wassermenge, noch Wasserwelle, noch Wasserbewegung, noch Ufer, noch Flußbett, noch alles oder einiges davon kombiniert. Gerade das rechtlich Wesentliche und begrifflich Spezifische kommt in ihnen nicht zum Ausdruck"[134]). Es ist daher auch nicht möglich, die öffentliche Sache zu begreifen als eine besonders geartete bürgerlich-rechtliche Sache, etwa als eine bürgerlich-rechtliche Sache mit bestimmtem Verwendungszweck; denn die besondere Artung oder di ebesondere Zweckverwendung vermöchte nicht das Substrathafte abzustreifen, das mit einer Sache im Sinn des bürgerlichen Rechts verbunden ist. Sie würde nichts an dem Charakter der Sache als raumausfüllendem Körper ändern[135]).

Aus den Maunzschen Überlegungen kristallisiert sich der Gedanke heraus, die Konstruktion der öffentlichen Sache müsse, das, was an Substrathaftem, Materiellem hier in Rede steht, ausscheiden in ein Stadium, in dem eine öffentliche Sache zweifelsfrei noch nicht besteht; die Rechtsverhältnisse, die sich um dieses Substrat gruppieren, soweit dies möglich ist, nach BGB beurteilen, die für die öffentliche Sache als solche typischen Rechtsverhältnisse aber, wie Benutzung, Unterhaltung und Schutz derselben gänzlich unter Ausscheidung zivilrechtlicher Gedankengänge nach ihrem eigenen Recht beurteilen. Diese Überlegungen finden für die Wasserläufe als öffentliche Sachen eine positiv-rechtliche Stütze in den Art. 32, 55, 65, 109, 111 EG BGB, wonach das Wasserrecht nach allen Rechtsvorgängen und Rechtsfolgen, also auch soweit Eingriffe in Eigentum und hieraus abgeleitete Entschädigungsansprüche mitspielen, selbständig geregelt werden kann; sie stehen in Übereinstimmung mit der weltanschaulichen Forderung, die öffentliche Natur des Wassers und den Gemeinschaftsgedanken voran zu stellen.

Sehen wir uns in der Theorie und Praxis des öffentlichen Sachenrechts darnach um, inwieweit bisher Konstruktionen versucht wurden, die losgelöst sind vom körperlichen Substrat[136]), so finden wir auf dem Gebiet des Wegerechts bei Germershausen[137]) die öffentlichen Wege definiert als „Anstalten des öffentlichen Rechts, welche kraft obrigkeitlicher Verfügungsgewalt und mit öffentlich-rechtlicher Wirkung für den öffentlichen ... Verkehr ... bestimmt sind." Das preußische Oberverwaltungsgericht hat ebenfalls die öffentlichen Wege mehrfach als polizeiliche Anstalten bezeichnet[138]). In

133) Maunz, Hauptprobleme, S. 72.
134) a. a. O.
135) a. a. O.
136) Völlig losgelöst vom Sachbegriff des BGB ist der des canonischen Rechts, das unter Sache alles versteht, was als Mittel zur Erreichung der Zwecke der Kirche dient (c. 726). Vgl. Eichmann I, S. 385.
137) S. 17.
138) PrOVG 49/217.

diesen beiden Begriffsbestimmungen des öffentlichen Wegs ist einerseits jede Erinnerung an das der „Anstalt" zu Grunde liegende körperliche Substrat und andererseits jede Anlehnung an das BGB vermieden, gehören doch die Immunität gegenüber privatrechtlichen Rechten und die Exemtion von der Zuständigkeit der Zivilgerichte insbesondere zu den Kennzeichen der öffentlichen Anstalt[139]). Diese beiden, mit der Bestimmung der öffentlichen Sache als öffentlicher Anstalt verbundenen Vorzüge können uns einen Fingerzeig geben für die Richtung, in der eine Lösung der von uns gestellten Frage zu suchen ist.

Einen weiteren Hinweis enthält die Schilderung der öffentlichen Sache der Polizeistaatszeit bei Otto Mayer[140]): Die Obrigkeit verfügt hier über die öffentlichen Sachen. Der Gemeingebrauch ist eine Wohltat, eine gestattete Benutzung in ähnlicher Weise, wie Krankenhäuser, Schulen, Sparkassen, dem Publikum zugänglich gemacht werden. Die Straße, der Fluß sind hier große Anstalten. Die Bedingungen und Maßgaben der Benutzung setzt der Staat. Diese Verwendung des Anstaltsbegriffs durch Otto Mayer enthält Anklänge an nationalsozialistische Gedanken: Ausschließliche und freie Verfügung der als Treuhänder der Gemeinschaft handelnden Verwaltung über die öffentlichen Sachen; diese selbst ein Gut der Volksgesamtheit, das in der Herrschaft der öffentlichen Verwaltung steht und von dieser zum Nutzen der Gesamtheit verwaltet wird. Daß Mayer im Zusammenhang mit solchen Gedankengängen von den öffentlichen Sachen als öffentlichen Anstalten spricht, darf uns wohl weiter zu denken geben. Fragen wir nach seiner Definition der öffentlichen Anstalt, so erscheint diese als „ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind[141]. Er unterscheidet dabei öffentliche Anstalten mit vorwiegend

---

139) Kormann bei Stengel-Fleischmann, Art. öffentl. Anstalt § 3.

140) Mayer II, S. 140.

141) Diese Begriffsbestimmung war entscheidend für die Anstaltslehre. Mayer wird noch heute als der Vater des herrschenden Anstaltsbegriffs bezeichnet. Vergl. Köttgen, Veröff. VDStL 6/108 und Köttgens Kritik an der „Nivellierenden Weite des Mayerschen Anstaltsbegriffs" S. 110. — Köttgen selbst definiert die öffentliche Anstalt als Verwaltungseinheit innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation, deren Aufgaben überwiegend durch den Realakt charakterisiert werden und die, soweit sie überhaupt in Erfüllung ihrer Aufgaben in unmittelbarer rechtliche Beziehungen zu dem privaten Publikum treten, sich hierbei einer öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung bedienen. a. a. O. S. 125. — Tatarin-Tarnheyden hält eine öffentlich-rechtliche Anstalt dort für gegeben, wo ein Komplex sachlicher Mittel sowohl sächlicher als persönlicher Art für eine Erreichung öffentlicher Zwecke zur Verselbständigung im Sinn einer Rechtseinheit gelangt ist; er hält also die selbständige Rechtspersönlichkeit für begriffswesentlich bei der öffentlichen Anstalt und will für den Bereich des staatlichen Finanz- und Verwaltungsvermögens höchstens von Anstalten im weiteren Sinn sprechen. a. a. O. S. 156. Dadurch sucht er unter Hinweis auf Gierke eine Abgrenzung der öffentlichen Anstalt gegenüber der öffentlichen Körperschaft zu gewinnen. Kormann bei Stengel-Fleischmann „öffentliche Anstalt" § 1 betont da-

persönlichem und solche mit vorwiegend sächlichem Element[142]). Unter den öffentlichen Anstalten, bei welchen der Schwerpunkt in der Sache liegt, nennt er neben den Straßen und Brücken insbesondere die Schiffahrtskanäle und die schiffbaren Flüsse als natürliche Wasserstraßen[143]). Die Gebrauchserlaubnis an öffentlichen Sachen bezeichnet er als wichtigsten Fall der Anstaltsnutzung[144]). Ebenso rechnet Thoma[145]) die öffentlichen Straßen und Gewässer zu den öffentlichen Anstalten, letztere insofern sie nicht nur Gegenstand der Verwaltungsfürsorge, sondern zugleich sachliche Bestände zur Erreichung bestimmter Verwaltungszwecke sind.

Der Kern des Anstaltsrechtsverhältnisses soll nach der herrschenden Lehre die Anstaltsgewalt über alles, was in den Bereich der öffentlichen Anstalt aufgenommen ist, sein[146]). Diese Anstaltsgewalt soll zur Folge haben ein besonderes Gewaltverhältnis zwischen dem Anstaltsherrn und dem Anstaltsnutzer[147]). Während beim allgemeinen Untertanenverhältnis die Pflichten des Untertanen unmittelbar auf dem Gesetz beruhen, werden sie beim besonderen Gewaltverhältnis durch einen sich zwischen Gesetz und Pflicht einschaltenden Rechtsakt, die besondere Unterwerfung begründet[148]). Die Folge dieser, das besondere Gewaltverhältnis begründenden Unterwerfung des einzelnen ist ein Zustand verminderter Freiheit, in dem der Betroffene sich im gegebenen Maße nach dem zu richten hat, was hier der Zweck der öffentlichen Verwaltung erfordert[149]). Das besondere Gewaltverhältnis hat also zwei charakteristische Merkmale: einerseits das Auftreten der öffentlichen Verwaltung als übermächtiger Herrscherin und des Untertanen als Gewaltunterworfenen und andererseits die Idee einer freiwilligen Einschränkung der an sich bestehenden Freiheitssphäre des Untertanen; an sich ist der einzelne nicht verpflichtet „sich stets im gegebenen Maße nach dem zu richten, was jeweils der Zweck der öffentlichen Verwaltung erfordert." Heute aber ist die „Freiheitssphäre" des einzelnen nicht nur formell aufgehoben, jeder Deutsche hat sich vielmehr zu jeder Zeit bewußt zu sein, daß all sein

---

gegen, daß für den Begriff der öffentlichen Anstalt die Rechtsfähigkeit unerheblich ist, wo sie fehlt, liegen nach ihm sogenannte unselbständige öffentliche Anstalten vor, wie Kanalisationsanlagen, Wasserwerke, Gaswerke. — Es kann — und wird wohl auch in allen Fällen bei Rechtsverhältnissen einer öffentlichen Anstalt irgendwie eine juristische Person auftreten. Dies festzuhalten ist gerade bei Ablehnung der allgemeinen juristischen Staatspersönlichkeit sehr wichtig, man erkennt, daß der Staatsapparat für bestimmte spezielle Gemeinschaftszwecke als Rechtsperson erscheinen kann. Die selbständige Rechtspersönlichkeit für jede öffentliche Anstalt aber als unbedingtes Erfordernis aufzustellen, würde die Verwendbarkeit des Anstaltsbegriffs zu sehr einengen.

142) ArchÖffRecht 16 S. 68.
143) a. a. O. S. 69.
144) Mayer II, 477.
145) Thoma, S. 357.
146) Mayer I, S. 105.
147) Mayer II, S. 497 Anm. 7.
148) Vgl. Maunz, Hauptprobleme S. 238.
149) Mayer I, S. 105.

Tun und Handeln unter den ethischen Gesichtswinkel der Pflicht gegen Volk und Staat gestellt ist. Es gibt nichts mehr, was er völlig frei im Sinn von ungebunden tun dürfte, er hat sich zu fragen, ob sein Handeln oder Unterlassen nicht gegen die Aufgabe verstößt, die ihm als Deutschen gesetzt ist[150]). Wenn man die einzelnen als Glieder einer Gesamtheit ansieht, können sie nicht einerseits in einem allgemeinen Verhältnis stehen, in dem sie weithin frei von der Gemeinschaft wären und andererseits in einem besonderen Verhältnis, in das sie nur auf Grund freiwilliger Unterwerfung hineingezogen werden könnten. Sie stehen vielmehr in allen Beziehungen in dem einen und umfassenden, dem totalen Gemeinschaftsverhältnis, das wesensgemäß immer gleich, verschieden nur in seiner jedesmaligen Konkretisierung ist.

Auch die Auffassung, die den Staat zur Wohlfahrtseinrichtung machen will, von der alle alles erwarten — so etwa Nawiaskys Anstaltstheorie — ist vom völkischen Standpunkt aus, der an den Anfang den Gedanken des Opfers der einzelnen für die Gemeinschaft stellt, unannehmbar.

Maunz kommt nach einem Vergleich der herrschenden Definition der öffentlichen Sache und derjenigen der öffentlichen Anstalt zu dem Schluß, daß die beiden Figuren sich auf gänzlich identische Begriffe beziehen[152]). Denn auch bei der öffentlichen Sache ist ein Tatbestandsmerkmal die Zugehörigkeit an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung[153]), auch bei ihr müssen Verwaltungsmittel vorhanden sein und über die Notwendigkeit eines dauernden Dienens für einen öffentlichen Zweck kann ebenfalls kein Zweifel bestehen[154]). Auch die unmittelbare Bedeutung für den öffentlichen Zweck, die Mayer für ein Begriffsmerkmal der öffentlichen Sache[155]) hält, ist bei der öffentlichen Anstalt gegeben. Daß das Vorhandensein einer Sache im bürgerlich-rechtlichen Sinn nicht notwendige Voraussetzung einer öffentlichen Sache ist, im Gegenteil die öffentliche Sache nicht unter den zivilistischen Sachbegriff gebracht werden kann, wurde oben eingehend dargelegt[156]).

Es scheinen also nach der herrschenden Definition keine Gründe gegen die Subsumierung der öffentlichen Sache unter den Begriff öffentliche Anstalt zu sprechen, wohl aber gewichtige Gründe dafür, so die damit erreichte Loslösung von substrathaften Vorstellungen und von der Gedankenwelt des BGB[157]) sowie die Überlegung, daß es allgemein unrationell ist für zwei ganz oder teilweise identische Begriffe zwei verschiedene, ihren gegenseitigen Zu-

---

150) Nicolai, Rasse und Recht, S. 50.
151) Nawiasky, Postrecht S. 14.
152) Maunz, Hauptprobleme S. 141.
153) Mayer II, 72.
154) Maunz, a. a. O.
155) Mayer, a. a. O.
156) Siehe oben S. 16 ff.
157) Den öffentlich-rechtlichen Charakter der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Anstalt „als solcher" im Gegensatz zu dem privatrechtlichen Eigentum am Anstaltsgut sowie die Immunität gegenüber dem Privatrecht betont auch Kormann a. a. O. § 4.

sammenhang in keiner Weise andeutende Bezeichnung zu verwenden[158]). Ein erheblicher Einwand erwächst uns aber aus der oben[159]) vorgenommenen Ablehnung der mit der Lehre von der öffentlichen Anstalt aufs engste verknüpften Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses. Nur wenn es gelingt, den Anstaltsbegriff frei von diesen liberalen Gedankengängen zu bekommen, kann er für eine dem heutigen Denken angepaßte Konstruktion der öffentlichen Sache tauglich sein. Vorweggenommen sei, daß die Verwendung des Anstaltsbegriffs erfolgt einerseits, um den brauchbaren Bestand an juristischen Erkenntnissen, den Theorie und Praxis bezüglich der öffentlichen Anstalt bisher erarbeitet haben[159a]), nach Möglichkeit zu verwenden. Andererseits in der Meinung, damit zur Gewinnung größerer Klarheit im öffentlichen Sachenrecht beizutragen. Denn das Ziel jeder Konstruktion soll es sein, klar und zweckmäßig zu sein. „Nicht ein Konstruktion ist die richtige, sondern die klarste Konstruktion ist die beste"[160]).

§ 6. Öffentliches Recht und Privatrecht.

Als Vorfrage unserer Konstruktion der öffentlichen Sache muß die Frage klargestellt werden, in welchem Sinn das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht aufgefaßt werden soll. Die herrschende Subjektstheorie wurde oben (S. 15) schon abgelehnt. Ebenso unvereinbar mit gemeinschaftsmäßigem Denken und ebenso deutlich liberalistischem Denken entstammend ist die Interessentheorie[161]), nach der öffentliches Recht das Recht ist, das die Gesamtinteressen normiert oder jenes, das durch die Grundsätze des Gesamtinteresses beherrscht wird, während das Privatrecht die Einzelinteressen normiert oder durch die Interessen der einzelnen seine entscheidende Prägung erhält[162]). Zur Kritik dieser Gegenüberstellung des Einzelinteresses und des Gesamtinteresses als Folge der Antithese: Einzelsphäre, Kollektivsphäre, darf auf das oben[163]) Gesagte Bezug genommen werden. Im Staat

158) Die herrschende Unklarheit zeigt sich bei Otto Mayer II, S. 477: „Die Gebrauchserlaubnis bei öffentlichen Sachen ist eine besonders geartete Art der öffentlichen Anstaltsnutzung": Obwohl doch logisch eine Anstaltsnutzung eine Anstalt voraussetzt, die richtige Erkenntnis des Vorliegens einer Anstaltsnutzung also die Subsumierung der öffentlichen Sachen an denen diese Nutzung besteht, unter die öffentlichen Anstalten zur Folge haben sollte, wird dies von Mayer keineswegs durchgeführt.

159) s. oben S. 24.

159a) Vgl. insbes. Kormann a. a. O.

160) Maunz, Hauptprobleme, S. 194.

161) Vgl. O. Müller, Fischers Ztschr. 63/160: „Weil die Lebensinteressen der Allgemeinheit und des Staates in die Privatrechtsordnung nicht hineinspielen, kann das Privatrecht von der unbeschränkten Freiheit des Individuums ausgehen, und zwar soweit, „daß es dem Staatsprinzip Hohn zu sprechen und den Gedanken der subjektiven Willensfreiheit bis zur Entfesselung der reinen subjektiven Willkür verirrt zu haben scheint" (Jhering, Geist I 82).

162) Maunz, Hauptprobleme S. 60 mit Schrifttumsangaben.

163) s. oben S. 15.

der totalen Gemeinschaft hat eine solche Kontrastierung keinen Sinn mehr[164]). Gegen die Annahme eines Wesensunterschiedes in dem Inhalt privater und öffentlicher Rechte und Rechtsverhältnisse in unserer Zeit wendet sich auch Siebert[165]); nach ihm bleiben nur gewisse Abstufungen und Unterschiede in der aktuellen Einwirkung und in der Methode der Durchführung der Pflicht und Verantwortung[166]) bestehen. Auch Bühler[167]) findet es verständlich, daß jetzt Bestrebungen aufgetreten sind, die vom römischen Recht zu uns gekommene Unterscheidung als nicht deutschen Ursprungs auszumerzen. Andererseits betont Bühler, daß die Hervorhebung eines besonderen öffentlichen Rechts dem Autoritätsgedanken entspricht, der den Unterschied zwischen Rechtsbeziehungen unter Bürgern und jenen zwischen Bürger und Staatsgewalt betont wissen wolle.

Man wird dies anerkennen und von einem Gegensatz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch weiterhin sprechen dürfen, indem oben[168]) bereits angedeuteten, einschränkenden Sinn, daß im Privatrecht die vertragliche und im öffentlichen Recht die einseitige, hoheitliche Regelung durch staatlichen Rechtsakt vorherrschend ist[169]). Hüten muß man sich aber vor allem davor, mit dieser Einteilung der falschen Vorstellung Nahrung zu geben, daß auf dem Gebiet des Privatrechts jedermann befugt sei, seinen schlechten Trieben freien Lauf zu lassen und daß nur der öffentlichen Gewalt gegenüber der einzelne sich als soziales Wesen zu zeigen habe. Das Nationalgefühl hat sich nicht nur dann zu bewähren, wenn der Staat Ansprüche stellt, sondern auch dann, wenn der Einzelne für sich steht und der Staat nicht auf die Erfüllung der nationalen Pflichten dringt[170]).

Festhalten muß man auch, daß ein Rechtsbegriff, je nachdem er im Verwaltungs-, Straf-, Zivilrecht etc. steht, ganz verschiedene Bedeutung haben kann und daß die formalen Rechtsbegriffe auf das Gebiet, für das sie gelten wollen, streng einzuschränken sind[171]), daß insbesondere die Begriffe des BGB bewußt die Beschränkung privatrechtlich enthalten und nicht allgemeine aus dem freien menschlichen Denken sich ergebende materielle Begriffe sind[172]).

---

164) vgl. Maunz, Neue Grundlagen, S. 29. Koellreutter stellt fest, daß sich die Unterscheidung dogmatisch überhaupt nicht begründen läßt. S.
165) Deutsches Recht, 1935 S. 58.
166) a. a. O. Vgl. hierzu Deutsches Recht 1934, 589, 590.
167) Ztschr. f. ÖffRecht 1934, S. 589.
168) s. oben S. 12.
169) Vgl. Koellreutter HWR 4, 265 ff. und Führerstaat S. 19.
170) Nicolai, Rasse und Recht, S. 53.
171) Hofacker StV S. 18/19.
172) a. a. O. Vgl. dazu das Reichsgericht in „Recht" 17/95: Das bürgerliche Recht bildet gleichsam nur eine willkommene, aber mit großer Vorsicht und nur unter Auswahl des geeigneten und passenden zu benutzende Fundgrube oder Anregung für die Auffindung der dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis selbst eigenen Grundsätze. Vgl. auch Holstein: Die Begriffe des BGB seien für unser juristisches Denken so fest mit dessen Atmosphäre verwoben, daß bei ihrer andersgearteten Verwendung immer noch privatrechtl. Vorstellungen und Bildungen mitschwingen. S. 96.

Die große Bedeutung der Frage des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht insbesondere für das Wasserrecht betont W. Müller[173]): Bei dem Streit um den Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung des Wasserrechts handle es sich nicht so sehr um den Begriff des Eigentums als um die Auseinandersetzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht überhaupt. Der Gegensatz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht werde im Wasserrecht immer fragwürdiger. Auch Schlegelberger[174]) weist darauf hin, daß sich im Wasserrecht öffentliches Recht und Privatrecht um die Vorherrschaft streiten.

Das Gefühl des Unbefriedigenden, das die Konstruktion der öffentlichen Sache im Raum zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht entstehen läßt, hat zu dem Versuch geführt, das Sachenrecht und damit auch das öffentliche Sachenrecht als Teil des allgemeinen Teiles des Rechts aufzufassen, indem man den Sachenrechtsbegriff formalisierte, d. h. aus dem Begriff eine über dem Rechtsinhalt stehende juristische Denkform machte[175]). Diesen Versuch hat insbesondere Friedrichs[176]) gemacht. Bei näherem Zusehen enthüllt sich dieses Vorgehen als die „skrupellose Anwendung privatrechtlicher Normen auf hoheitliche Handlungen, die den Eindruck einer gewissen Sorglosigkeit oder Naivität erregen müßte"[177]), hätten wir nicht die Idee der Überstreckung des Privatrechts als eine Folge der liberalen Weltanschauung erkannt[178]).

§ 7. Der Staatsbegriff.

Als Vorfrage der hier vorzunehmenden, von der herrschenden Lehre nicht unwesentlich abweichenden Konstruktion der öffentlichen Sache bedarf auch die Frage nach dem Sinn, in dem der Staatsbegriff verwendet werden soll, der Klärung.

Im alten Deutschen Recht gruppierten sich die Rechtsverhältnisse des „öffentlichen Lebens" nicht um einen „Staat" als eigener Größe, sondern um die Volksgemeinschaft, die Gesamtheit der Volksgenossen des Stammes, Gaues, Landes. Erst aus dem Römischen Recht kam ein selbständiger Staatsbegriff, der dem Volk gegenüber trat, zum omnipotenten Staat des Absolutismus wurde, eine Reduzierung auf den „Nachtwächterstaat" des Liberalismus erfuhr und schließlich in den letzten Jahrzehnten wieder eine weitgehende Ausdehnung seiner Zuständigkeit und Tätigkeit erlebte. Heute können wir feststellen, daß der Staatsbegriff in Theorie und Praxis immer weniger gebraucht wird. Beim Eid der Soldaten und Beamten, selbst beim strafrechtlichen Hochverratstatbestand wird nicht mehr mit dem Wort „Staat"

173) Fischers Ztschr. S. 139, 160.
174) RVBl 1934, S. 908. Vgl. auch Fleiner, S. 367, Institutionen.
175) Maunz, Hauptprobleme S. 48.
176) ArchÖffRecht, 40, 257 ff.
177) Tezner im ArchÖffRecht 9/560 ff.
178) Vgl. Hofacker StV S. 91; Köttgen Hauptprobleme S.
179) Vergl. Heckel, S. 11.

gearbeitet[179]). Der Staat als Eigenwert tritt in den Hintergrund[180]). Grundbegriff für die Rechtsgestaltung unseres Volkes ist nicht mehr der Staat, sondern das Volk. Das nationalsozialistische Rechtsdenken ist kein Staatsdenken, sondern völkisches Denken, das die biologische Wesenseinheit Volk[181]) in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt. Die Bereitschaft nimmt zu, unser neues politisches Volksrecht nicht mehr vom Staat her zu konstruieren[182]). Dieser Rückzug des Staatsbegriffs ist keine zufällige Erscheinung. Der Nationalsozialismus hat den Rassebegriff als Ausgangspunkt jeder politischen und rechtlichen Gestaltung erkannt. Rasse ist Blutgemeinschaft, unlösbare Gemeinschaft artgleicher Menschen. Geht aber alles rechtswissenschaftliche Denken von diesem Rassebegriff aus, so muß der Gemeinschaftsbegriff notwendig zur Dominante dieses Denkens werden. Es ist deshalb die Erkenntnis mehr und mehr vertieft worden, daß die Volksgemeinschaft die notwendige Voraussetzung für den Sinn jeder staatlichen Organisation ist[183]), die sich nur aus den Zwecken und Aufgaben der Nation erklären kann. Nicht der Staat, sondern das rassisch und damit politisch einheitliche Volk steht für uns im Vordergrund. — Das Volk hat sich für seine Lebensbedürfnisse gewisse äußere Organisationsformen geschaffen, die Parteiorganisation und die Behördenorganisation. Reichsminister Frick hat das Verhältnis der beiden Organisationen klar umrissen: Die Partei hat die Aufgabe, den Volksgeist rein zu halten und nationalsozialistisch zu leisten. Aus dem nationalsozialistischen Bewußtseinsinhalt nimmt sich der nationalsozialistische Gesetzgeber, Verwaltungsbeamte und Richter die Idee, die er jeweils in der Gesetzgebung, im Verwaltungsakt und im Richterspruch in die Wirklichkeit umsetzt[184]). So sind alle bisher dem „Staat" zugeschriebenen Lebensäußerungen in Wahrheit solche des Volkes, das in bestimmten Personen und Organisationen, die mit der Lösung bestimmter Aufgaben betraut sind, erscheint. Bildhaft ausgedrückt, der Staat ist ein Gefäß für das Volk; durch die staatliche Gestaltung wird das Volk zur Nation, d. h. zum Volk, das als Wesensgemeinschaft bewußt zur politischen Willenseinheit wird[185]). Die rechtstechnischen Figuren und Organisationsformen, in denen diese Gestaltung erfolgt, erhalten ihre wesentliche Prägung erst durch die Wesenheit des Volkes[186]) und diese Wesenheit ist ihrerseits bestimmt durch die Begriffe Blut und Boden, d. h. durch die rassischen Grundelemente des Volkes und durch das Leben dieses Volkes in einem bestimmten[187]) Raum. Es ist deshalb vom nationalsozialistischen Standpunkt immer abgelehnt worden, den deutschen Führerstaat als totalen Staat zu bezeichnen[188]) im Sinne einer alles vermögenden und für

180) Koellreutter, Volk und Staat, S. 12.
181) a. a. O. S. 5.
182) Heckel, S. 12.
183) Koellreutter, Bundesstaat S. 8.
184) Frick, DV 1934/290.
185) Koellreutter, Staatslehre S. 41.
186) a. a. O. S. 42.
187) Koellreutter, Führerstaat S. 9.
188) Koellreutter, Volk und Staat S. 14 mit Nachweisungen; a. A. wohl

alles zuständigen Institution, die getrennt vom Volk ein von dessen Zwecken und Bedürfnissen unabhängiges Eigenleben führt. Nach völkischer Auffassung ist der Staat ein Mittel der Volkserhaltung neben anderen[189]), geschaffen, um für das Volk bestimmte Aufgaben zu erfüllen. Der völkische Staat ist kein totaler Staat; wohl aber ist die Volksgemeinschaft, der er dient, eine totale Gemeinschaft, die alle und alles umfaßt und deren Zwecke für alle und alles bestimmend sind.

Die Annahme der Totalität der Volksgemeinschaft bedeutet keine Verneinung der selbständigen, schöpferischen Persönlichkeit. Deren Wert soll nur als bezogener erkannt werden, in dem Sinn, daß jeder Persönlichkeit soviel Wert zukommt, als sie für die Gemeinschaft wert ist. Das bedeutet, daß innerhalb der Gemeinschaft der Einzelpersönlichkeit Freiheit und Selbständigkeit auch im völkischen Staat zukommt. „Die gestaltenden Kräfte und schöpferischen Werte der Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft zur Entfaltung und für die Gemeinschaft zur Geltung zu bringen, ist geradezu das bestimmende Wesensmerkmal der nationalsozialistischen Idee"[190]). In Verkennung dieser Tatsache leugnet Höhn[191]) die Berechtigung der Problemstellung, wie im Rahmen der politischen Lebensnotwendigkeiten die Berechenbarkeit der auf Grund der Gesetzesbestimmung ergehenden staatlichen Akte ermöglicht und dadurch möglichste Rechtssicherheit gewährleistet werden könne[192]) und wie im Gemeinschaftsstaat das Verhältnis des Individuums zu Volk und Staat im einzelnen zu gestalten sei[193]). Daß es in einem SA.-Sturm oder in einem Arbeitslager derartige Probleme nicht gibt — was dahingestellt bleiben kann — ist bei der Unvergleichbarkeit der dortigen einfachen und leicht übersehbaren Verhältnisse mit der komplizierten und ganz anders gearteten Situation eines modernen Großstaats kein Argument gegen unsere Auffassung. Im deutschen Staat werden sich die Theoretiker und Praktiker des Rechts immer mit dem Problem zu befassen haben, wie die Gerechtigkeit, die einer der völkischen Grundwerte ist, mit den Lebensnotwendigkeiten der Gemeinschaft in Einklang gebracht werden kann — für die vorliegende Untersuchung sei auf den Abschnitt über Entschädigungsfragen (S. 92 ff.) verwiesen.

Es ist eine Folge des germanischen Volksdenkens, das im Gegensatz zur romanischen Auffassung im Staat nicht das konstitutive Element für die politische Einheit sieht[194]), daß uns der Führer und Reichskanzler auch rechtlich nicht in erster Linie als Staatsoberhaupt und damit als Staatsorgan erscheint, sondern als Führer der Volksgemeinschaft; nicht als Befehlserteiler, der nach

---

Carl Schmitt, nach dem jeder normale Staat total ist. Staat, Bewegung, Volk S. 33.

189) Rosenberg, 526.
190) Dietrich S. 29.
191) Höhn, JW 1934/1636.
192) Koellreutter, Staatslehre, S. 78.
193) a. a. O. S. 15/16.
194) Heckel, S. 11.

Über- und Unterordnung gestalteten Behörden- und Parteihierarchie, sondern als Führer einer freudig und vertrauensvoll mitarbeitenden Gemeinschaft. Diese Tatsache hat Höhn[195]) zum Ausgangspunkt einer Untersuchung genommen, in der er nachzuweisen versucht, die juristische Staatsperson sei das Ergebnis individualistischen Denkens und mit dem Begriff des Führers, der immer auf Gemeinschaft aufbaue, nicht vereinbar; es würde bei dieser Ansicht der Führer oberstes Organ der unsichtbaren Rechtspersönlichkeit werden, der die Untertanen als Beherrschte gegenüberträten. Diese Auffassung kann nicht als richtig anerkannt werden: Nicht die rechtstechnische Figur der juristischen Staatsperson, sondern die Verwendung dieser Figur im liberalistischen Sinn der Gleichsetzung der Staatsperson mit der Einzelperson[196]) und die Außerachtlassung des Volkes als d e r politischen und rechtlichen Größe, entstammt individualistischem Staatsdenken. Wer völkisch denkt und in der Volksgemeinschaft das staats- und verwaltungsrechtliche Beziehungszentrum sieht, kann die Figur der juristischen Staatsperson unbedenklich beibehalten und wird sie in der Praxis vielfach zweckmäßig verwenden können[197]). Gerade im öffentlichen Sachenrecht, in dem der Staat so oft als Träger von Rechten und Pflichten erscheint, und in Lebensverhältnisse tritt „wie ein einzelner" würde es bei Wegfall der juristischen Staatsperson völlig unklar bleiben, wem die bisher dem Staat als Rechtsperson zugeschriebenen Rechte und Pflichten nun zuzurechnen seien.

Die Wertverschiebung vom Staat auf das Volk, von der Herrschaft zur Führung[198]) hat auch im Verwaltungsrecht wesentliche Veränderungen gebracht. Umschreibt man im Anschluß an Heckel[199]) die öffentliche Verwaltung als Dienst an der deutschen Kultur- und Wirtschaftsgemeinschaft, so läßt schon das Wort Dienst erkennen, daß die Verwaltung nach den Richtlinien der politischen Führung arbeitet[200]). Während der politische Führer der Repräsentant der eigentlichen politischen Substanz ist, erscheint der Verwaltungsbeamte als Repräsentant der Nation für den rechtlichen Funktionenkreis des Staates[201]). Aus dieser Unterscheidung der eigentlich politischen Aufgabe der Führung und der an den Richtlinien dieser Führung ausgerichteten Arbeit der Verwaltung ergibt sich die Unterscheidung in politische Führung und politische Durchführung. Die Begriffe politische Führung und politische Durchführung als die Korrelate der Begriffe Führer und Gefolgschaft sind an die Stelle der Montesquieu'schen Gewaltenteilung getreten, nach der Gesetzgebung Verwaltung- und Rechtsprechung auf verschiedene, voneinander unabhängige und gegenseitig wenigstens der Idee nach unbeeinflußbare Funktionsträger verteilt waren. War die Montesquieu'sche Lehre ein „wohldurchdachtes System zur Verbürgung der per-

195) Höhn, Staatsbegriff, bes. S. 227; DR 1934/324, 433 ff.
196) Siehe oben S. 4.
197) Vergleiche die NSDAP als Körperschaft des öffentlichen Rechts!
198) Vergleiche Heckel, S. 18.
199) Heckel, S. 26.
200) a. a. O.

sönlichen Freiheit“[202]), so soll die Unterscheidung in politische Führung und politische Durchführung die Gemeinschaftsbezogenheit aller „staatlichen“ Tätigkeit zum Ausdruck bringen, eingedenk der Tatsache, daß die Gemeinschaftssphäre die wesensgemäß politische Sphäre ist[203]). — Der Wert der Unterscheidung darf freilich auch nicht überschätzt werden. Einerseits wird durch sie nur ein Merkmal der Verwaltung, nicht aber die Verwaltung selbst beschrieben[204]) und andererseits läßt sie das gegenwärtig bedeutsame Ringen zwischen der Idee der Kommandogewalt und der Idee echter Führung in der Verwaltung nicht erkennen.

Wie die gesamte Verwaltung Dienst an der Volksgemeinschaft ist, so haben die einzelnen Verwaltungszweige und Verwaltungsbehörden bestimmte Gemeinschaftsaufgaben im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu erfüllen. Alle Verwaltungseinrichtungen sind Gemeinschaftseinrichtungen zur Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben. An dem Beispiel der öffentlichen Sache als öffentliche Anstalt werden sich der praktische Wert und die konkreten Auswirkungen der Auffassung der Verwaltungseinrichtungen als Gemeinschaftseinrichtungen erweisen. Nicht der Wortlaut der einschlägigen Gesetze, Verordnungen, Verwaltungs- und Dienstvorschriften bestimmt dabei Art und Maß der Tätigkeit der Verwaltung, sondern allein das Wesen und die innere Natur der zur Lösung übertragenen Gemeinschaftsaufgabe und der Grundsatz der zweckmäßigsten Durchführung dieser Aufgabe. Wie der Verwaltungsbeamte seine Aufgabe erfüllt, hat er „nach oben“, seiner vorgesetzten Dienststelle, letzten Endes dem Führer gegenüber voll zu verantworten, nicht aber gegenüber andersartigen Durchführungsstellen, z. B. Zivilgerichten, und erst recht nicht gegenüber den einzelnen Volksgenossen. Die Verwaltungsbehörden handeln, soweit nicht im Einzelfall etwas anderes bestimmt ist, nach freiem Ermessen. Die eminente Bedeutung des freien Ermessens in der Verwaltung wird bei der Besprechung der öffentlichen Anstalt klar gemacht werden.

Aus der Unterscheidung in politische Führung und politische Durchführung ergeben sich auch wichtige Anhaltspunkte für die Lösung des Problems der subjektiven öffentlichen Rechte. Es ist klar, daß es subjektive öffentliche Rechte des einzelnen Gefolgschaftsgliedes gegenüber dem Führer auf ein bestimmtes Verhalten desselben nicht geben kann. Im Bereich der politischen Führung ist für subjektive öffentliche Rechte des einzelnen kein Raum. Im Bereich der Durchführung ist zu unterscheiden: Wo die Rechtsverhältnisse nach dem Grundsatz der Über- und Unterordnung aufgebaut sind, kann es nach der Natur der Sache subjektive öffentliche Rechte der einzelnen ebenfalls nicht geben. Wo aber Teile der öffentlichen Verwaltung für bestimmte spezielle Gemeinschaftszwecke selbst wieder als Unter-

201) Koellreutter, RuPrVBl 1933/483.
202) Nawiasky, Die Staatstypen der Gegenwart S. 36.
203) Koellreutter, Staatslehre, S. 14.
204) Heckel, S. 26.
205) Maunz, Neue Grundlagen S. 32.

gemeinschaften erscheinen[205]), ist es denkbar, daß der einzelne, der hier nicht als Untergeordneter sondern als Mitarbeiter tätig wird, gegenüber der Verwaltungsbehörde, mit der er gemeinsam an der Erfüllung einer Gemeinschaftsaufgabe arbeitet, subjektive öffentliche Rechte hat[206]). Letztere können aber nur insoweit zur Geltung kommen, als durch sie die zweckmäßigste Durchführung der zu erfüllenden Gemeinschaftsaufgabe und die hierzu notwendige Verfügungsfreiheit der Verwaltungsbehörde nicht beeinträchtigt wird. — In dieser Begrenzung wird die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts den Bedürfnissen der praktischen Verwaltung besser entsprechen als eine Verwendung des „Reflexrechts." Der Vorschlag, das Reflexrecht, das eine bloße juristische Konstruktion im Sinne einer lebensfremden Abstraktion ist, für den Neubau des Verwaltungsrechts zu verwenden, wurde deshalb schon oben abgelehnt[2067]).

Die praktischen Auswirkungen der Annahme von Mitarbeiterverhältnissen und „volksausgerichteten" subjektiven öffentlichen Rechten werden weiter unten bei der Behandlung des Anstaltsnutzungsrechtsverhältnisses im einzelnen zu besprechen sein[208]).

§ 8. Die öffentliche Sache als öffentliche Anstalt.

An die Spitze unserer Konstruktion der öffentlichen Sache als öffentliche Anstalt ist der Satz zu stellen, daß die öffentliche Anstalt ausschließlich dem öffentlichen Recht angehört, als dem Recht, dem der einseitige Hoheitsakt der Führungs- oder Durchführungsstellen das Gepräge gibt[209]). Bei der öffentlichen Anstalt handelt es sich um den soeben bei der Untersuchung des nationalsozialistischen Staatsbegriffs erwähnten Fall, daß ein Teil des Staatsapparats für einen speziellen und beschränkten Zweck, zur Erfüllung der Gemeinschaftsaufgabe des Haltens oder Bereithaltens bestimmter Sachsubstrate als eine Untergemeinschaft zur Erfüllung von Aufgaben der obersten Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft erscheint.

Die Grundbegriffe unserer Konstruktion der öffentlichen Sache als öffentliche Anstalt sind die Begriffe Anstalt, Gemeinschaft, Mitarbeiter, Disziplin. Bei diesen Begriffen handelt es sich um Rechtsgebilde, die ihre Ordnung in sich tragen. Diese Rechtsgebilde seien im Anschluß an ein Urteil des

206) a. a. O.
207) siehe oben S. 16 und bes. Anm. 103.
208) Vergleiche DVBl 1935/115 ff.
209) Die Konstruktion des Nutzungsrechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlicher Vertrag wird abgelehnt. Mag man einen solchen für möglich halten oder nicht — die Rechtsverhältnisse zweier Gemeinschaften zueinander, zweier Gemeinden, Fürsorgeverbände, Wassergenossenschaften etc. wird man sich wohl vielfach mit der Figur des öffentlich-rechtlichen Vertrags anschaulicher machen können — im Bereich der Anstaltsnutzung, die immer „gewährte Nutzung" ist, hat der öffentlich-rechtliche Vertrag keinen Platz. Ebenso Kormann, a. a. O. § 3.

sächsischen Oberverwaltungsgerichts[210]) folgendermaßen gekennzeichnet: Nach der nationalsozialistischen Rechtsauffassung ist das Recht nicht die Gesamtheit der vom Gesetzgeber ausdrücklich festgelegten Einzelbestimmungen. Die Gesetzesbestimmungen sind vielmehr nur der Ausdruck der im Volk wurzelnden Rechtsgedanken. Nicht die Gesetzesbestimmungen, sondern diese Rechtsgedanken („Rechtsgebilde") nach denen sich in steter Entwicklung die Gesetze richten, stellen das „Recht" dar. Nicht allein die Gesetzesbestimmungen zu verwirklichen, sie logisch nach dem Wortlaut auszulegen, ist die Aufgabe der mit der Rechtsanwendung befaßten Behörden, sondern die Sorge dafür, daß ihre Maßnahmen, soweit es die Gesetzesbestimmungen zulassen, mit diesen im Volk wurzelnden Rechtsanschauungen im Einklang stehen. Die innere Ordnung der Rechtsgebilde ist jeweils maßgebend für die Einstellung, aus der heraus alle einzelnen Sondervorschriften verstanden und gewertet werden müssen. Die Regeln stellen also ein Mittel der Rechtsordnung und nicht so sehr ein Element ihrer Struktur dar[211]), die Normen sind Ausflüsse und Funktionen der wirklichen Rechtsgebilde[212]). Die Forschung nach den Rechtsgebilden dient nicht dazu, das Recht gegen das Gesetz zu finden, sondern das im Gesetz geformte Recht tiefer und klarer zu verstehen[213]). Die Rechtssicherheit erfordert, daß die vom Gesetzgeber gegebenen Einzelregeln von allen Behörden in den dafür bestimmten Fällen gleichmäßig angewendet werden. Ergibt aber eine Prüfung, daß die Verhältnisse vom Regelfall, für den eine Einzelvorschrift gilt, derart abweichen, daß die Anwendung der Regel auf den Ausnahmefall keine im Sinn der Volksgemeinschaft vernünftige Lösung darstellen würde, so werden die Behörden über die einschränkenden Einzelvorschriften hinaus in Übereinstimmung mit der inneren Natur des jeweils einschlägigen Rechtsgebildes zu entscheiden haben[214]).

Das Denken nicht in Normen, sondern in konkreten Rechtsgebilden steht in Übereinstimmung mit der besten juristischen Tradition. So sagt Paulus[215]):

---

210) Vom 18. Januar 1935, Jahrbücher 39/1, DVBl 1935, S. 39 ff.
211) Carl Schmitt, Die drei Arten, S. 24.
212) Maunz, Neue Grundlagen, S. 34.
213) Man muß sich allerdings vor der Gefahr hüten, der falschen völligen Einheit von Gesetz und Recht, bestimmt nach dem Gesetz, die ebenso falsche völlige Verschiedenheit beider entgegenzusetzen. Diese Gefahr erwächst, wie Lange (S. 21 und Anm. 18) betont, für vergröbernde Leser aus der scharfen Gegenüberstellung der drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens durch Carl Schmitt.
214) fr. 50.171.
215) Vergleiche Hofacker StV S. 109. Das Denken in Rechtsgilden läßt sich an einem Beispiel Bott-Bodenhausens S. 145 veranschaulichen: Ein General, der seinen Schlachtplan aus den Vorschriften der Felddienstordnung ableiten wollte, anstatt ihn aus den vorliegenden Umständen zu entwickeln, würde für unsinnig erklärt werden. Trotzdem muß der Plan mit den Grundsätzen F. O. übereinstimmen und tut es auch. Ebenso soll der Rechtssatz nur die Richtung in der die Beurteilung eines Falles erfolgen soll, angeben, er ist nur eine Anleitung, ein Denkmittel, kein Denkergebnis. S. 148.

Regula est, quae rem quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat[215]).

Daraus, daß uns das „Recht" nicht die Summe aller Rechtsnormen ist, sondern die Gesamtheit der volklichen Lebensordnung, folgt, daß auch das Denken in konkreten Rechtsgebilden, das der Natur des Rechts als Gemeinschaftsregelung gerecht werden will, einzig und allein ein völkisches Rechtsdenken sein kann[216], d. h. das Denken in Rechtsgebilden kann nur dann fruchtbar sein, wenn es beherrscht ist von völkischem Geist und der Gerechtigkeit und den nationalen Lebensnotwendigkeiten in gleicher Weise Rechnung trägt[217]).

Die wesentlichen Grundzüge der Ordnung des Rechtsgebildes „öffentliche Anstalt" seien im Folgenden darzustellen versucht:

1. An die Spitze ist der Grundsatz des Primates des Ordnungsprinzips im Recht der öffentlichen Anstalt zu stellen, d. h. die Erfüllung der mit der Anstalt zu lösenden Gemeinschaftsaufgabe hat in allen Fällen den Vorrang vor subjektiven Berechtigungen der Anstaltsnutzer und vor allen im Interesse derselben bestehenden Rechtsschutzeinrichtungen[218]). Der Primat des Ordnungsprinzips schließt aber nicht aus, daß im Einzelfall – soweit Mitarbeiterverhältnisse vorliegen! – subjektive Berechtigungen der Anstaltsnutzer erscheinen. Es ist aber dabei der oben festgestellte Grundsatz zu beachten, daß auch dort, wo subjektive öffentliche Rechte an sich möglich sind, sie doch nur insoweit zur Geltung kommen können, als die zweckmäßigste Durchführung der zu erfüllenden Gemeinschaftsaufgabe und die hierzu nötige Verfügungsfreiheit der Verwaltung nicht beeinträchtigt werden.

Die sekundäre Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte im Recht der öffentlichen Anstalt betont auch Otto Mayer[219]), der ausführt, die öffentliche Anstalt könne zwar subjektive öffentliche Rechte erscheinen lassen zu Gunsten derer, die sie benutzen sollen, aber wesentlich sei dies nicht. Solche Rechte bildeten auf keinen Fall die einheitliche Grundlage für alles, was geschehe, noch begleiten sie die Tätigkeit der Anstalt ständig auf ihrem Gang. Sie seien höchstens eingestreut an diesem oder jenem Punkte oder fehlten auch ganz und gar. Der Rechtsschutz des Benutzers gegen Willkürhandlungen liegt im Falle des Fehlens von subjektiven öffentlichen Rechten — wie wir dieses beim Gemeingebrauch zum Beispiel feststellen werden — in der planmäßigen Leitung und Beaufsichtigung, welche der öffentlichen Anstalt um ihrer selbst willen zu teil wird[220]).

2. Das freie Ermessen als das „Lebenselement der Verwaltung[221]) steht auch in der rechtlichen Ordnung der öffentlichen Anstalt im Vordergrund.

---

216) Koellreutter, Volk und Staat, S. 23 Anm.
217) Koellreutter, Staatslehre, S. 79.
218) Koellreutter, DJZ 1932, Sp. 43, 44.
219) Otto Mayer, II 472, 473.
220) Mayer II, S. 473.
221) Hofacker, Aufbau S. 34.

Die Anstaltsleitung handelt grundsätzlich nach freiem Ermessen[222]). Insbesondere ist es oberster Grundsatz der Anstaltsordnung, daß die Zulassung zur Benutzung durch die Anstaltsleitung nach freiem Ermessen zu erfolgen hat[223]). Grenzen des Ermessens bilden die vier Begriffe Übermaß, Ungeeignetheit, Unzulänglichkeit und Schädlichkeit[224]). Es ist aber dabei zu beachten, daß die Einhaltung dieser Grenzen nur Pflicht der Behörde gegenüber ihrer vorgesetzten Behörde ist, keine Amtspflicht gegenüber einem Dritten etwa im Sinn des § 839 BGB, Art. 131 RV.[225]).

Die freie Stellung, die hier der Verwaltungsbehörde eingeräumt wird, könnte dem Einwand begegnen, sie verstoße gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der als oberster Grundsatz des Rechtsstaats gilt, das heißt gegen das Prinzip, nach dem für alle in die Sphäre des Untertanen mit Gebot oder Verbot eingreifenden Verfügungen der Staatsgewalt eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung nötig ist[226]). Diese Formulierung Bühlers zeigt unverkennbar, die rechtspolitische Wurzel dieses Prinzips, den Gedanken an die Hemmung der Staatsgewalt und an die Sicherung der Sphäre des Individuums[228]). „Erst dann ist die Verwaltung im höchsten Sinn gesetzmäßig, wenn die Behörde bei gegebenem Tatbestand eindeutig gebunden ist"[229]). In einem Verwaltungsrechtssystem, dessen Grundbegriff der Gemeinschaftsbegriff ist, kann für ein derartiges von ganz anderen ideellen Voraussetzungen ausgehendes Prinzip kein Raum mehr sein. — Man könnte nun vielleicht die Möglichkeit erwägen, zu dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im weiteren Sinn zurückzukehren, dem Prinzip, daß ein

---

222) Vergleiche Hofacker StV S. 217: „Wassernutzungen an öffentlichen Gewässern können nur durch Verleihung begründet werden, die Verleihung ist freie Ermessenshandlung. — Mit diesem Satz kann die Benutzung der öffentlichen Gewässer von einer geschäftsklugen Behörde geregelt werden. Alles andere ist überflüssig." Vergleiche Sievers, Fischers Ztschr. Anm. 157, Bd. 70.

223) Vergleiche Eymann II, S. 746. Auch das „freie" Ermessen ist ein gebundenes in dem Sinn der Maßgeblichkeit nationalsozialistischen Staatsdenkens als unter allen Umständen verpflichtenden Moment für jede Ermessensentscheidung. Ein Handeln gegen nationalsozialistische Rechtsgrundsätze wäre demgemäß Rechtsverletzung. Vergleiche Maunz „Neue Grundlagen" S. 19, 20. Zur Problematik des Rechts-Ermessensgegensatzes siehe Maunz, „Neue Grundlagen" S. 9—21. Dazu Bühler S. 26, 245, Merkl, S. 143 ff, der auf das Ermessen als die Pforte hinweist, durch die außerrechtliche Motivationen eindringen können. S. 152.

224) W. Jellinek S. 417, 422.

225) Jèze betont, daß die Verwaltung grundsätzlich im Verhältnis zu den Nachbarn machen kann was sie will, S. 254, 255. Dagegen Stödter: Eingriffe öffentlicher Anstalten, die über die nachbarrechtlichen Befugnisse hinausgehen, sind rechtswidrige Beeinträchtigungen fremden Rechts.

226) Bühler, S. 153.

227) Maunz, DVBl 1934/210.

228) W. Jellinek, § 5 III 4.

229) So Sarvey, Georg Meyer, der württembergische VGH, vergleiche Bühler, S. 153.

Verwaltungsakt mit einem Gesetz nicht in Widerspruch stehen darf[230]). Aber eine solche Rückkehr, möchte auch sie schon zur Vermeidung vieler Irrtümer beitragen, würde doch dem Wandel im verwaltungsrechtlichen Denken unserer Tage nicht gerecht. Die Grundthese aller Verwaltungsarbeit ist heute die Ausrichtung der Verwaltung nach der nationalsozialistischen Weltanschauung[231]). Diesem Postulat entspricht allein die Ersetzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung. Letzterer bedeutet, daß die Verwaltung gebunden ist an das im Volk wurzelnde Recht, an die konkreten Rechtsgebilde[232]).

3. Die öffentliche Anstalt hat eine Gemeinschaftsaufgabe zu erfüllen[232]). Der einzelne Volksgenosse bietet ihr nur einen konkreten Anlaß zur Betätigung. Die öffentliche Anstalt greift nicht von selbst ein, um ihre Nutzung im Einzelfall zu gewähren, sondern wartet auf die Anregung dessen, der ihrer bedarf. Ihre eigene Ordnung bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen sie sich als gehörig berufen anzusehen hat, sowohl was den Gegenstand ihres Tätigwerdens anlangt, als auch nach der Art, wie er ihr nahegebracht worden ist[233]).

4. Grundsatz für die Bewilligung von Benutzungen der öffentlichen Anstalt ist, daß das Maß und die Art der zu bewilligenden Benutzung derart zu bestimmen ist, daß das öffentliche Interesse nicht beeinträchtigt und bestehende Rechte Dritter nicht verletzt werden[234]).

5. Die Anstaltsnutzer unterliegen der Anstaltsdisziplin. Letztere beruht nicht auf einem besonderen Gewaltverhältnis kraft Unterwerfung, sondern ist eine der Natur der Sache angepaßte Konkretisierung der allgemeinen Gemeinschaftsdisziplin, die das oberste Gesetz jeder Gemeinschaft ist[235]).

6. Die Benutzer einer Anstalt bilden untereinander eine Anstaltsgemeinschaft[236]). Ein wesentlicher Grundsatz jeder Gemeinschaft ist der Gemein-

---

230) Vergleiche § 1 I, § 2 III Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 34; § 16 II der 1. VO zur Durchführung des Gesetzes z. Vorb. d. org. Aufbaus d. deutschen Wirtschaft vom 27. 11. 34, BVGH 55 94, 96, SOVG 39/1 ff.

231) s. o. S. 33.

233) Vergleiche Koellreutter, Staatslehre S. 23 und in RVBl 1933 483. Unsere Auffassung hat eine gewisse Analogie in der Theorie Hauriou's zum domaine public (S. 716), der den Verwaltungsbehörden ein treuhänderisches Eigentum am öffentlichen Gut zuschreibt, das sie für die Allgemeinheit verwalten.

233) Mayer II, S. 484.

234) Siehe unten S. 48, ÖWG § 12 I.

235) Siehe oben S. 25.

236) Vergleiche RGZ 18/258: Das dem Gemeingebrauch zu Grunde liegende Prinzip der Gleichberechtigung aller ruft unter den sämtlichen Gebrauchsberechtigten ein Kommuniosverhältnis hervor, infolgedessen in Kollisionsfällen eine angemessene Verteilung und Regulierung von Seiten der Behörde ... einzutreten hat. Dazu StGH, RGZ 116 Anhang S. 18 ff: Jeder Staat wird in der Ausnutzung eines gemeinsamen Flußlaufs auf seinem Staatsgebiet durch den aus der völkerrechtlichen Gemeinschaft entspringenden Grundsatz beschränkt, daß er kein anderes Mitglied der Völkergemeinschaft verletzen darf; es besteht die Notwendigkeit der durch die Verhältnisse gebotenen Rücksichtnahme. S. 31.

schaftsfrieden; daraus folgt, daß die einzelnen bei ihrer Nutzung sowie die Anstaltsleitung bei der Gewährung von Nutzungen den Grundsatz der gegenseitigen, jeweils durch die Verhältnisse gebotenen Rücksichtnahme zu beachten haben. Diese Rücksichtnahme allein ermöglicht eine vernünftige, zweckmäßige Benutzung der öffentlichen Sachen zum Nutzen der Allgemeinheit. Es können deshalb unter Umständen Benutzungsarten von der Verwaltungsbehörde auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmungen untersagt werden, die einzelne so erheblich schädigen könnten, daß dadurch der Gemeinschaftsfriede gestört würde.

7. Bei dem Verhältnis von Anstaltsnutzer und Anstaltsleitung handelt es sich vielfach um den Fall, daß die staatlichen Verwaltungsbehörden und das einzelne Gemeinschaftsglied in gemeinsamer Arbeit zusammenwirken müssen, um den höchstmöglichen Erfolg für die Volksgemeinschaft zu erreichen. In diesem Fall tritt das einzelne Gemeinschaftsglied in der Figur des Mitarbeiters auf; die Mitarbeiterstellung bringt dem einzelnen zunächst nur Pflichten, wie überhaupt die Stellung des Gemeinschaftsgliedes immer in erster Linie eine Pflicht bedeutet. Dem Rechtsgebilde des Mitarbeiters im öffentlichen Leben widerspricht es aber keineswegs, daß Rechtsbeziehungen der Mitarbeiter untereinander und gegeneinander vorliegen[237]), die in subjektiven öffentlichen Rechten und Pflichten bestehen können; soweit aber im Bereich der öffentlichen Anstalt Unterordnungsverhältnisse vorliegen — und im Zweifel sind gemäß dem institutionellen Charakter der Anstalt solche Verhältnisse gegeben[238]) — liegt ein objektives Ordnungsverhältnis, kein subjektives Rechtsverhältnis vor. Es bedarf keiner Erwähnung, daß auch dort, wo subjektive Rechte als Ausfluß des Rechtsgebildes „Mitarbeiter" gegeben sind, niemals solche Rechte irgendwie zu Rechten gegen die politische Führung werden können. Dem Rechtsgebilde „Führer" widerspricht es, daß ein Gefolgsmann Rechte auf sein Verhalten ihm gegenüber geltend machen könnte[239]).

Die Erfüllung einer Gemeinschaftsaufgabe ist wie oben[240]) festgestellt wurde, die „Zweckbestimmung" der öffentlichen Anstalt. Fassen wir die Zweckbestimmung mit Köttgen[241]) als die Erwartung einer bestimmten geistigen Einstellung seitens der anstaltsleitenden Beamten, so wird uns die Wichtigkeit der Geisteshaltung der Verwaltungsbeamten klar[242]). Dem liberalen Staat lag der Gedanke eines government of law, not of men[243]) zu

---

237) Maunz, Neue Grundlagen, S. 36.
238) Siehe oben S. 34.
239) Maunz, a. a. O.
240) Siehe oben S. 33.
241) Siehe oben S. 11 u. Anm. 69.
242) Scheurl in DVBl 1935/24 spricht hier mit Recht von dem Zentralproblem nicht nur des verwaltungsrechtlichen und administrativen, sondern des deutschen Aufbaus überhaupt: Der deutschen Persönlichkeit, von der in der Sphäre menschlichen Geschehens alles ausgehen und abhängen wird.
243) Carl Schmitt, Die drei Arten, S. 14.

Grunde[244]), im nationalsozialistischen Staat steht gerade im Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten der tätige und kundige Verwaltungsbeamte im Mittelpunkt der Rechtsordnug.

Die öffentliche Sache als öffentliche Anstalt ist also eine selbst als Untergemeinschaft erscheinende Gemeinschaftseinrichtung, die ein bestimmtes Sachsubstrat für die Gemeinschaft bereit hält. Das Ziel, dem alles dient, ist die Erfüllung der anvertrauten Gemeinschaftsaufgabe. Demgemäß geht die Anstaltsordnung allen subjektiven Berechtigungen vor, letztere sind nur möglich, soweit es sich beim Verhältnis zwischen Anstaltsleitung und Anstaltsnutzer um echte Mitarbeiterverhältnisse handelt. Die Nutzung wird gewährt nach freiem Ermessen der Verwaltungsbehörde unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und der zu wahrenden Rechte Dritter. Die Anstaltsnutzer unterliegen der Anstaltsdisziplin, einer Erscheinungsform der allgemeinen Gemeinschaftsdisziplin. Die Ausübung der Nutzung darf nur unter tunlichster gegenseitiger Rücksichtnahme erfolgen. Die öffentliche Anstalt ist immun gegenüber privatrechtlichen Rechten und von der Zuständigkeit der Zivilgerichte eximiert.

Während die öffentliche Verwaltung im öffentlichen Sachenrecht bisher meist als Herrscherin über Sachen im bürgerlich-rechtlichen Sinn erschien, stellen Bestand und Betrieb der öffentlichen Sache nunmehr die Erfüllung einer Gemeinschaftsaufgabe dar. In diesem Wandel drückt sich der Wandel im staats- und verwaltungsrechtlichen Denken, von der Auffassung des Staates als einer herrschenden juristischen Person zu einem „Mittel der Volkserhaltung" aus. Nicht mehr das Verhältnis des Staates zu einem Untertanen, sondern das des Gemeinschaftsgliedes zur Gemeinschaft ist nun das Kernproblem des öffentlichen Sachenrechts[245]). — Die Eigentumsfrage spielt nur noch eine, entsprechend der notwendige Eindämmung des zivilrechtlichen Eigentums in seine Grenzen[246]), sehr begrenzte Rolle vor der Schöpfung der öffentlichen Sache. Es kann dem Satz der herrschenden Lehre gefolgt werden, daß die Innehabung der Verfügungsgewalt über das Sachsubstrat seitens des Staates Voraussetzung einer Widmung durch diese ist[247]). Rechtliche Beziehungen zwischen Eigentümer und Benutzer bestehen nicht[248]).

---

244) Charakteristisch hier W. Jellineks Kritik an Hofacker, der Grundgedanke Hofackers sei der tüchtige Verwaltungsbeamte, der in seinem dunklen Drang den richtigen Weg finde, ArchÖffRecht 21/4.

245) Das politische Element im Recht der öffentlichen Anstalt stellt Gerber klar heraus: „Das ganze Problem der öffentlichen Anstalt ist letztlich ein Wertungs- und Gesinnungsproblem." Veröffentlichungen der VDStL 6/153.

246) siehe unten S. 58 ff.

247) Mahler, S. 37.

248) Schlegelberger ZAR 11/293.

§ 9. Die Entstehung der öffentlichen Sache.

Nach der herrschenden Lehre wird die öffentliche Sache ins Leben gerufen durch die Widmung, die überwiegend als Verwaltungsakt angesehen wird; man ging dabei meist im Gegensatz zu Otto Mayers enger Definition des Verwaltungsakts von einer weiteren Begriffsbestimmung aus, in dem man entweder unter einem Verwaltungsakt jede Tätigkeitsäußerung einer Verwaltungsbehörde oder aber jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung verstand[249]). Diese Definitionen des Verwaltungsakts sind bestimmt durch den Grundsatz der Trennung der Gewalten, nach dem insbesondere Gesetzgebung und Verwaltung einander gegenübergestellt wurden. Andererseits mußte man in der Praxis feststellen, daß regelmäßig zum Beispiel die Widmung eines öffentlichen Flusses durch ein Gesetz ausgesprochen wurde. Nach der herrschenden Lehre lag dann materiell ein Verwaltungsakt, formell ein Gesetzgebungsakt vor (vgl. das Haushaltungsgesetz als Verwaltungsakt A. Heckel 16). Man half sich über diese Vermischung von Verwaltungs- und Gesetzgebungsfunktionen mit dem Gedanken hinweg, eine scharfe Trennung der Gewalten sei im deutschen Rechtssystem überhaupt nicht durchgeführt. Wie oben[250]) dargelegt wurde, ist an die Stelle der Montesquieu'schen Gewaltenteilungslehre die Unterscheidung in politische Führung und politische Durchführung getreten. In diesem Sinn sind Gesetz und Verordnung als Akte der Führung zu betrachten, der Verwaltungsakt als Akt der Durchführung. Es muß im Einzelnen untersucht werden, ob Führungs- oder Durchführungsakte vorliegen. Die Widmung kann ihrem Wesen nach beides sein: Werden z. B. in in einem Reichswassergesetz alle natürlichen und künstlichen Wasserläufe Deutschlands zu öffentlichen Wasserläufen und damit zu öffentlichen Anstalten erklärt, so liegt zweifelsfrei hier eine Widmung in Gestalt eines Führungsaktes vor. Wird aber in diesem Gesetz der Oberpräsident für seinen Verwaltungsbezirk ermächtigt, bestimmte Arten von sonstigen Gewässern zu öffentlichen Gewässern zu widmen, so wäre eine kraft solcher Ermächtigung vorgenommene Widmung ebenso zweifelsfrei Durchführungsakt. Es erscheint deshalb nutzlos, nach dem Wegfall der Trennung der Gewalten und der Unterscheidung in formelle und materielle Gesetze noch die Widmung „an sich" als Verwaltungsakt zu bezeichnen und die regelmäßige gesetzliche Widmung im Wasserrecht als Ausnahme anzusehen.

Die öffentliche Sache entsteht durch den Widmungsakt[251]). Dieser ist entweder Akt der Führung (Gesetz, Rechtsverordnung) oder Akt der Durchführung (Verwaltungsakt). Er braucht nicht ausdrücklich vorgenommen zu

---

249) W. Jellinek, S. 246 ff.

251) Vergleiche für das Kirchenrecht: Nur durch die konstitutive Weihe wird der Charakter einer heiligen Sache begründet. Eichmann I S. 387. Interessant dort die Bemerkung, daß auch im Privateigentum stehende Sachen durch die Weihe den Charakter heiliger Sachen erlangen können.

252) So Mahler, S. 38.

werden, es genügt ein konkludentes Handeln, das mit hinreichender Deutlichkeit den Willen der Führungs- oder Durchführungsstelle kundgibt.

Den Inhalt des Widmungsaktes soll nach neuesten Arbeiten die Selbstverpflichtung eines Trägers öffentlicher Verwaltung zum Halten oder Bereithalten eines körperlichen Substrats darstellen. War der Träger öffentlicher Verwaltung der Staat, so tauchte die Frage auf, ob der Staat sich gegenüber der Rechtsordnung verpflichten könne. Man bejahte diese Frage und sprach von einer Doppelnatur des Staats, der einmal Träger der Rechtsordnung und das anderemal Rechtsperson sei[252]) und half sich so über die Schwierigkeit hinweg, die darin liegt, daß eine Rechtsperson als solche nur auf Grund einer Rechtsnorm existent sein kann, der Staat als Rechtsperson also, da er ja unbestritten Schöpfer des Rechts ist, scheinbar als Rechtsordnung sich selbst Rechtsperson schuf, während doch logisch die Ursache nicht identisch sein kann mit der Wirkung[253]). Heute ist der Gesetzgeber unseres Staates der Führer der deutschen Volksgemeinschaft; er schafft die Gesetze aus dem Recht, als der Gesamtheit der volklichen Lebensordnung. Sein Wille ist es, der als Wille der Gemeinschaft in der Rechtsnorm erscheint, er ist demgemäß auch der Schöpfer der juristischen Staatspersönlichkeit, soweit eine solche noch vorliegen kann[254]). Mit dieser Erkenntnis ist die logisch zwiespältige Konstruktion des Selbstverpflichtungsaktes der Staatsperson überflüssig geworden: der Führer weist im Führungsakt oder die zuständige Durchführungsstelle weist im Durchführungsakt die für zuständig erklärten Verwaltungsbehörden an, gewisse körperliche Substrate zu halten oder bereit zu halten. Der Führungs- bezw. Durchführungsakt begründet also eine Pflicht der Behörde, aber ausschließlich „nach oben", der Führung gegenüber, nicht den einzelnen Gemeinschaftsgliedern gegenüber. Von deren Standpunkt aus gesehen, erfüllt die Behörde eine Aufgabe, keine Rechtspflicht. Von irgend welchen Amtspflichten der Behörde zum Bereithalten der öffentlichen Sache und demgemäß auch von der Möglichkeit von Amtsverpflichtverletzungen Dritten gegenüber selbst bei sachwidrigem Vorgehen der Behörde kann deshalb keine Rede sein[255]).

Die Erklärung, durch die eine Behörde für verpflichtet erklärt wird, das Sachsubstrat zu halten oder bereit zu halten, eine öffentliche Anstalt zu „eröffnen", liegt bei allen öffentlichen Sachen vor, mag es sich um solche mit individueller oder um solche mit genereller Nutzungsmöglichkeit handeln[256]). Im ersten Fall, z. B. bei den öffentlichen Wegen, Wasserläufen etc ist Gemeingebrauch oder auch eine darüber hinausgehende Sonderbenutzung möglich. Im zweiten Fall verwirklicht die öffentliche Sache schon durch ihren Bestand den rechtlichen Erfolg, den der Führungs- oder Durchführungsakt mit der Verpflichtungserklärung der Verwaltungsbehörde erreichen will, es findet also weder Gemeingebrauch noch Sondergebrauch

253) Maunz, Hauptprobleme, S. 197.
254) siehe oben S. 28.
255) siehe unten S. 69 ff.
256) Maunz, Hauptprobleme, S. 208.

statt[257]). Bei der — praktisch wichtigeren — Gruppe der öffentlichen Sachen mit individueller Nutzungsmöglichkeit erschöpft sich die Widmung nicht darin, eine Verwaltungsbehörde zum Halten oder Bereithalten eines Sachsubstrats zu verpflichten, es werden vielmehr darüber hinaus gleichzeitig die Bestimmungen und Bedingungen im voraus festgelegt, nach denen die Anstaltsnutzung im Einzelfall gewährt werden soll. Für diese Erscheinung sei im folgenden die Bezeichnung Mantelrechtsakt verwandt[258]).

Kisch hat den Begriff des zivilrechtlichen Mantelschuldvertrags geprägt, dessen Wesen darin besteht, daß für einen für eine Reihe von Fällen einheitlich bestimmenden Vertrag die Grundlage geschaffen wird für später abzuschließende spezielle Schuldverhältnisse. Dabei weisen die in Aussicht genommenen speziellen Schuldverträge dem generellen Vertrag gegenüber rechtliche Selbständigkeiten auf, haben jedoch unter sich und im Verhältnis zum einheitlichen Vertrag die Gemeinsamkeit, daß ihr Zustandekommen, ihr Inhalt oder ihre wechselseitigen Beziehungen durch jenen einheitlichen Vertrag beeinflußt werden. Dieser „Grundvertrag" bildet gleichsam die rechtliche Hülle, die sich um die einzelnen Schuldverhältnisse legt[259]). Überträgt man diesen Gedanken aus dem Zivilrecht in das Verwaltungsrecht, so erkennt man, daß der erste Teil der Bezeichnung („Mantel") auch hier treffend gewählt ist. Er bedeutet (wie bei „Mantelgesetz", „Manteltarif") einen Rechtsakt als generellen äußeren Rahmen der einer Ausgestaltung durch einen weiteren individuellen Rechtsakt bedarf. Wie überhaupt im öffentlichen Recht[260]), so erfolgt auch hier die Inhaltsgestaltung der künftigen Rechtsbeziehung nicht in der Vertragsform, sondern durch einseitigen Rechtsakt. Dieser hat mit dem Mantelschuldvertrag des Zivilrechts gemeinsam, daß durch ihn die Grundlage geschaffen wird für den Inhalt später abzuschließender spezieller Rechtsgeschäfte, ferner daß die einzelnen Rechtsgeschäfte zwar eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem Grundrechtsgeschäft aufweisen, ihr Zustandekommen, ihr Inhalt und ihre wechselseitigen Beziehungen aber durch jenes Rechtsgeschäft beeinflußt werden. Er unterscheidet sich hingegen dadurch von ihnen, daß gemäß seiner öffentlichrechtlichen Natur die Gestaltung nicht durch eine Willenseinigung, sondern durch eine einseitige Bestimmung erfolgt. Es wird deshalb im folgenden auch nicht der Ausdruck „Mantelrechtsgeschäft", sondern „Mantelrechtsakt" verwandt, um dessen Natur als „einseitiger staatlicher Hoheitsakt" zu kennzeichnen[261]).

257) Z. B. Festungen. Es gibt aber auch Sachen mit individueller Nutzung ohne Gemeingebrauch, sie unterliegen dann vielfach einem Gewährungszwang (öffentliche Friedhöfe!), aber auch dieser ist nicht unbedingt nötig (öffentliche Wasserleitungen!). Auf jeden Fall aber wird durch den Widmungsakt eine Behörde verpflichtet und gleichzeitig festgestellt, unter welchen Bedingungen die Nutzung erfolgen kann. Näheres bei Maunz, Hauptprobleme, S. 282. [2]

258) Siehe Maunz, Hauptprobleme S. 219 ff.

259) Maunz, a. a. O. S. 220.

260) siehe oben S. 10, 26.

261) siehe Maunz, a. a. O.

Der verwaltungsrechtliche Mantelrechtsakt als einseitige Inhaltsgestaltung künftiger Anstaltsnutzungsrechtsverhältnisse erscheint in den beiden Figuren der Satzung und der Widmung, wobei die Satzung in höherem Maße den konkreten Inhaltsrahmen fixiert als die ihn unter Umständen nur stillschweigend festlegende Widmung. Beide Figuren sind gerade im Wasserrecht von großer Bedeutung, wobei die Satzung als Wasserbenutzungsordnung, Flösserei-ordnung, Schiffahrtsordnung, die Widmung dagegen regelmäßig in den betreffenden Bestimmungen der Wassergesetze erscheint[262]).

§ 10. Die Nutzung der öffentlichen Sache.

Für die Untersuchung der aus der Nutzung der öffentlichen Sache sich ergebenden Rechtsverhältnisse haben wir folgendes festzuhalten: Der inneren Natur des Rechtsgebildes „öffentliche Anstalt" entspricht es, daß das sich in ihr ausdrückende Ordnungsprinzip auch der Anstaltsnutzung das Gepräge gibt. Die Ordnung und ihre Wahrung durch die nach freiem Ermessen handelnde Behörde ist also das Normale und Regelmäßige auch bei den Nutzungsverhältnissen. Subjektive öffentliche Rechte des einzelnen Benutzers der Anstaltsleitung gegenüber sind möglich, soweit echte Mitarbeiterverhältnisse vorliegen, aber einerseits nur im Rahmen des entstandenen Nutzungsrechtsverhältnisses und andererseits stets nur unbeschadet der von der Behörde zu wahrenden Gemeinschaftsbelange[263]).

Die Nutzungsformen der öffentlichen Sache teilt man zweckmäßig ein je nachdem der Inhalt des einzelnen Nutzungsverhältnisses im Mantelrechtsakt bereits so klar und feststehend enthalten ist, daß eine weitere Inhaltsbestimmung durch die Anstaltsleitung nicht mehr nötig ist, oder ob der Benutzer sich mit der Anstaltsleitung erst noch über den besonderen Inhalt des konkreten Nutzungsverhältnisses verständigen muß[264]), durch den Mantelrechtsakt also zwar die allgemeine Basis für die besonderen Nutzungsverhältnisse geschaffen ist, der Inhalt möglicher Abweichungen und Einzelheiten aber noch nicht feststeht. Hiernach unterscheidet man zwei Arten der Benützung der öffentlichen Sache, die man Gemeingebrauch und Sondergebrauch nennen kann. Gemeingebrauch ist die Benützungsform bei der der Inhalt des Nutzungsrechtsverhältnisses bereits durch den Schöpfungsakt der öffentlichen Sache generell festgestellt ist. Sondergebrauch die Benützungsform, bei der der Inhalt des Nutzungsrechtsverhältnisses durch einen auf einen bestimmten Benützer beschränkten Rechtsakt individuell festgestellt wird[265]).

---

262) Über die Unterschiede von Satzung und Widmung siehe Maunz, a. a. O. S. 223.

263) Dies entspricht der jetzigen Auffassung von den subjektiven öffentlichen Rechten: „Volksausgerichtetes subjektives öffentl. Recht. Scheurl in RVBl 1935/244.

264) Dies soll aber nicht als Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrags angesehen werden!

265) Maunz, Hauptprobleme S. 280.

Der Gemeingebrauch[266]) — was im einzelnen bei den öffentlichen Wasserläufen zu ihm gehört, wird weiter unten festzustellen sein — stellt kein Mitarbeiterverhältnis des Benutzers mit der Anstaltsleitung dar, kann also auch im entstandenen Nutzungsverhältnis dem Benützer kein subjektives öffentliches Recht gegen die Anstaltsleitung gewähren. Er ist aber trotzdem ein Rechtsverhältnis[267]), indem die Anstaltsleitung hier dem Benützer gegenüber ausschließlich als Trägerin von Rechten, auf Einhaltung der Anstaltsordnung, Zahlung von Anstaltsgebühren etc., erscheint, der Benutzer dagegen ausschließlich als Träger von Pflichten, da die durch den Mantelrechtsakt geschaffene Verpflichtung der Behörde allein der Führung gegenüber besteht, der Behörde keine dem einzelnen Benutzer gegenüber obliegende Amtspflicht ist[268]).

Beim Sondergebrauch dagegen werden dem einzelnen selbst Aufgaben der Verwaltung übertragen; er darf „ein Stück öffentlicher Verwaltung" verwalten, übt also eine Art Selbstverwaltung aus. Demgemäß liegt hier ein echtes Mitarbeiterverhältnis zwischen dem Benützer und der Anstaltsleitung vor; im Rahmen dieses Mitarbeiterverhältnisses sind auch subjektive öffentliche Rechte des Benützers gegenüber der Anstaltsleitung möglich[269]). Die Vermutung besteht aber auch hier, daß im Zweifel solche subjektive öffentliche Rechte nicht vorliegen; diesbezügliche Rechtsnormen sind eng auszulegen. Bei einer Konkurrenz zwischen der Gemeinschaftsordnung und diesen subjektiven öffentlichen Rechten hat die institutionelle Ordnung den Vorrang[270]).

Bei einer Konkurrenz zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch wird grundsätzlich der Sondergebrauch als die intensivere und deshalb vom Standpunkt der Gemeinschaft aus wertvollere Nutzungsform den Vorrang haben[271]). Dies ergibt sich aus der dem Rechtsgebilde „öffentliche Anstalt" anhaftenden Zweckbestimmung der Erfüllung einer Gemeinschaftsaufgabe: Die Nutzungsform, die der Gemeinschaft am meisten dient, hat den Vorzug[272]). Dieser Grundsatz ist vor allem von Bedeutung für die Auslegung des positiven Rechts, sowie für die Frage, ob ein Sondergebrauch überhaupt eingeräumt werden darf, wenn er geeignet ist, den Gemeingebrauch auszuschließen oder zu beschränken. Es ergibt sich aus diesem

---

266) Vergleiche hierzu BVGH 49/53. Im Hinblick auf Köttgens Versuche (Veröff. VDStL 6/113, 114) anstelle des Verwaltungsakts für die öffentliche Anstalt ein Dominieren des Realakts, der „schaffenden Tat" zu behaupten, sei festgestellt, daß die Anstaltsnutzung in jedem Fall auf einen Verwaltungsakt zurückgeht. Die bedeutende Rolle der schaffenden Tat wird nicht unterschätzt; für eine juristische Untersuchung handelt es sich aber immer darum, festzustellen, was Tatbestände rechtlich bedeuten, das heißt hier wie die „schaffende Tat" jeweils juristisch zu bewerten ist.

267) Vergleiche W. Jellinek, S. 510.

268) Vergleiche Schlegelberger, ZAR 11/293.

269) siehe oben S. 28.

270) siehe oben, S. 4.

271) Vergleiche §§ 50 I, 51 II THWG.

272) Aström, S. 41, 42.

Grundsatz, daß bei dem grundsätzlichen Vorrang des volkswirtschaftlich wertvolleren Sondergebrauchs vor dem minder wertvollen Gemeingebrauch auch die völlige Aufhebung des Gemeingebrauchs nur dann der Gewährung eines Sondergebrauchs entgegenstehen kann, wenn ein wesentliches Gemeinschaftsinteresse, wie etwa die Wahrung des Gemeinschaftsfriedens, für die Schonung des Gemeingebrauchs spricht. Die Entscheidung hat in einem solchen Fall ex aequo et bono unter Beobachtung des öffentlichen Interesses zu erfolgen.

Ein Anspruch des Benutzers auf Ersatz des infolge der Nutzung der öffentlichen Sache erlittenen Schadens gegen die Anstaltsleitung besteht im Zweifel nicht. Die Verwaltungsbehörde erfüllt ihre Aufgabe, so gut sie kann und ist dafür ihren vorgesetzten Behörden verantwortlich, aber nicht dem einzelnen, auch nicht dem zur Nutzung durch ein subjektives öffentliches Recht Berechtigten[273]).

Daß die Benutzung der öffentlichen Sache durch Dritte nicht gestört werden darf, beruht nicht auf einem „öffentlich-rechtlichen dinglichen Anspruch" gegen den Störer[274]), sondern darauf, daß durch die Störung gegen die gute Ordnung der Gemeinschaft verstoßen würde, weshalb die mit der Wahrung dieser Ordnung betrauten Behörden der Führung gegenüber verpflichtet sind, gegen den Störer einzuschreiten.

Die Einteilung der Nutzungsformen der öffentlichen Sache in solche mit individueller und solche mit genereller Inhaltsprägung steht im Widerspruch zu der üblichen Einteilung in Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Sondernutzung (Verleihung). Man hat mehrfach statt Gebrauchserlaubnis auch den Ausdruck „gesteigerter Gemeingebrauch" verwendet — wegen der Exklusivität jedes Sondergebrauchs, wie Almsick richtig betont, eine contradictio in adjecto. Besondere Verwirrung hat die vielfache Gleichsetzung der Gebrauchserlaubnis mit der Polizeierlaubnis[275]) gestiftet. Die Polizeierlaubnis, auch als Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt bezeichnet, besteht darin, daß eine Person, etwa auf Grund Privateigentums die Möglichkeit hat, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, zum Beispiel zu bauen, aber durch ein gesetzliches Verbot daran gehindert wird. Erst wenn der Betreffende sein Vorhaben der Polizeibehörde dargelegt hat und diese erklärt, keine Bedenken gegen die Vornahme der beabsichtigten Handlung zu haben, darf er nun zum Beispiel mit dem Bau beginnen. Der einzelne hat nach Empfang dieser Polizeierlaubnis keine Rechte, die er nicht vorher schon besessen hätte, es wurde lediglich eine der Ausübung seines Rechtes entgegenstehende

---

273) siehe unten S. 69, 70.

274) vergleiche Mahler, S. 50.

275) Vergleiche Bühler S. 245: Durch das gewerbepolizeiliche Erkenntnis entsteht für den Unternehmer kein besonderes Recht, er hat das ursprünglich geltend gemachte Recht aber mit der Veränderung, die es durch das durchgeführte Feststellungsverfahren erlitten hat. Er nennt diese Rechte die erst ausgeübt werden dürfen, wenn ein behördliches Erkenntnis über sie ergangen ist, Rechte mit Legalisierungszwang; mittels derselben will er auch die rechtliche Natur der Wasserbenützungserlaubnis erklären.

Schranke beseitigt. In liberaler Weise hat man diesen Vorgang als Wiederherstellung der an sich bestehenden Freiheitssphäre bezeichnet. Davon kann jedoch keine Rede sein. Die Gemeinschaftsregelung ist hier eben so gestaltet, daß das Gemeinschaftsglied die ihm zugebilligten Rechte erst nach behördlicher Prüfung und „Genehmigung" ausüben darf. — Eine solche Polizeierlaubnis liegt auch vor, wenn z. B. ein Privatgewässer etwa kraft Nießbraucher benutzt, z. B. aufgestaut werden soll und der Nießbraucher eine polizeiliche Genehmigung bedarf. Bei einer öffentlichen Sache aber hat die Figur der Polizeierlaubnis keine Anwendungsmöglichkeit, da die wesentliche Befugnis, den öffentlichen Wasserlauf zu benutzen, stets erst durch den behördlichen Akt geschaffen wird, letzterer also stets rechtsbegründender Natur ist. Da die Polizeierlaubnis im technischen Sinn wesensgemäß nicht rechtsbegründender Natur ist, ist sie aus dem öffentlichen Sachenrecht auszuscheiden und auf die, dieser Rechtsfigur gemäßen Gebiete des Baurechts, Gewerberechts etc. zu beschränken.

Da sowohl bei der Gebrauchserlaubnis wie bei der Gewährung eines Sondergebrauchs ein subjektives öffentliches Recht des Benützers entsteht und in beiden Fällen eine individuelle Inhaltsprägung des Nutzungsrechtsverhältnisses stattfindet, wird es zweckmäßig sein, auf die Figur der Gebrauchserlaubnis als selbständiger Nutzungsform der öffentlichen Sache überhaupt zu verzichten. Man wird zwar zugeben können, daß ein Unterschied zwischen der Gebrauchserlaubnis und dem Sondergebrauch in der Weise besteht, daß das Recht kraft Gebrauchserlaubnis nur „intern" zwischen Anstaltsnutzer und Anstaltsleitung wirkt, das Recht kraft Verleihung dagegen auch Dritten gegenüber Wirkungen hat. Man wird aber den gemeinsamen Merkmalen gegenüber dieser Verschiedenheit den Vorrang geben und auf die Gebrauchserlaubnis verzichten können. Es erscheint zweckmäßig für die Gewährung des Sondergebrauchs nach dem Vorbild des ÖWG den Ausdruck „B e w i l l i g u n g" zu wählen. Der Ausdruck „Erlaubnis" ist belastet durch seine Beziehung zu der hier[276]) nicht in Frage kommenden Polizeierlaubnis, der Ausdruck Verleihung steht in unklarer Konkurrenz zu dem Ausdruck Konzession und die „Genehmigung" wird man zweckmäßig nur dort verwenden, wo es sich um eine Zustimmung zu einer vorgängigen Willenserklärung handelt[277]).

Über die Begriffe Polizeierlaubnis, Gebrauchserlaubnis, Verleihung, Konzession und Genehmigung herrscht in der Literatur große Unklarheit: Nach Georg Jellinek ist bei der Konzession der Ursprung publizistisch, der Anspruch werde aber nur im Privatinteresse konstituiert. Die Gewerbekonzession sei niemals Erweiterung der natürlichen Handlungsfreiheit, es werde nur für bestimmte Personen das Verbot aufgehoben, sie zu betätigen. Unter Verleihung versteht er dagegen Erweiterungen der natürlichen Handlungsfreiheit[278]). — Die auch im positiven Recht herrschende Begriffsunklarheit

276) siehe oben.
277) Kormann, System, S. 88.

zeigt Sievers[279]): Die Erlaubnis nach SWG leistet dieselben Dienste wie die preußische Verleihung ... nur konstruktiv verschieden, nicht in ihren Funktionen sind die preußische Verleihung, die, einer Enteignung vergleichbar, das Privateigentum am Wasserlauf überwindet und die sächsische Erlaubnis, welche nach der Regierungserklärung ... als reine Polizeierlaubnis ... zu konstruieren ist. Welchen Sinn es haben soll für zwei Rechtsfiguren mit völlig gleichen Funktionen zwei verschiedene Bezeichnungen zu verwenden, ist nicht einzusehen. — Schül weist darauf hin, daß sich die Genehmigung von der Konzession dadurch unterscheide, daß Gegenstand der Genehmigung nur Willenserklärungen sein können, während Gegenstand der Konzession tatsächliche Handlungen und Rechte bezw. Rechtsverhältnisse seien, und daß sich trotzdem die meisten Landesgesetze zur Bezeichnung der Konzession des Ausdrucks Genehmigung bedienten[280]). Bei der Konzession handelt es sich nach ihm darum, die Privatrechtsunzugänglichkeit bestimmter Objekte in hinreichender Weise zu beseitigen und widerstreitende Interessen überprüfen zu können[281]). Verleihung liege nur vor, wenn in dem Begründungsakt besonders zum Ausdruck komme, daß ein Sondernutzungsrecht entstehen soll. Durch die Konzession werde demnach ein tatsächlicher Schutz dieses Vorteils[282]). In den Fällen der §§ 19—24 PrWG und des § 23 SWG liege Konzession vor. Um den durch die Verleihung begründeten Rechtszustand mit den Grundsätzen der Polizei in Übereinstimmung zu bringen, reihe sich an das Verleihungsverfahren das polizeiliche Genehmigungsverfahren (Konzession) an. Das BdWG § 40 ff verstehe allerdings unter Verleihung auch die verbundene polizeiliche Genehmigung[283]). Die Verleihung begründe subjektiv private Rechte ohne schon deren Ausübung zu ermöglichen; die Konzession schaffe die Grundlage für die Ausübung, ohne ein subjektiv privates Recht zu begründen[284]).

§ 11. Die Polizei der öffentlichen Sache.

Der Begriff der Polizei der öffentlichen Sache geht in seiner jetzigen Bedeutung auf Otto Mayer[285]) zurück, der unter Polizei der öffentlichen Sache die nur für die öffentliche Sache ausgeübte obrigkeitliche Tätigkeit versteht. Maunz[286]) weist darauf hin, daß gewisse Befugnisse der Polizei der öffentlichen Sache aus dem Begriff der Polizei bezw. dem der öffentlichen Sache abgeleitet werden. Den Mißbrauch der mit dem, in Wahrheit nichts als eine erzählende, formale Umschreibung der Polizei enthaltenden

278) Georg Jellinek, System S. 111.
279) Sievers, Fischers Ztschr. 71, Anm. 48, 102.
280) Schül, S. 27 u. Anm. 22.
2818) Schül, S. 25, 26.
282) a. a. O. S. 34, 35.
283) a. a. O. S. 37.
284) a. a. O. S. 38.
285) Mayer II, S. 124 ff.
286) Maunz, a. a. O. S. 286.

Satz ALR II 17 § 10 getrieben wurde, legt Hofacker[287]) erschöpfend und überzeugend dar. Man wird sich zu hüten haben, in den gleichen Fehler zu verfallen und aus einem selbst erfundenen Begriff der Polizei der öffentlichen Sache durch Umkehrung eines formalen in einen materiellen Begriff Ermächtigungen und Schranken für die Polizei herauszuziehen.

Man hat behauptet, die Polizei sei in keiner ihrer Erscheinungsformen eine ausgeschiedene staatliche Funktion, sondern eine bestimmte Art und Richtung der allgemeinen Verwaltungstätigkeit[288]). In der Volkssprache versteht man seit mehr als hundert Jahren unter Polizei nur die sog. Sicherheitspolizei[289]); in der Rechtssprache dagegen spricht man von einer Wegepolizei, Wasserpolizei etc. und von einer Polizei der öffentlichen Sache überhaupt. Jungmann erhebt die berechtigte Forderung den Polizeibegriff im Einklang mit der Volksanschauung zu bereinigen, die Gebiete der sog. Verwaltungspolizei von ihm loszulösen und diese unter den Begriff der Verwaltung (Wegeverwaltung, Wasserverwaltung) zu bringen[290]). Die Polizei ist dann nichts anderes als das stets einsatzbereite Exekutivorgan von Justiz und Verwaltung.

Auch der Begriff der Anstaltspolizei[291]) hat nicht zur Klärung der hier einschlägigen Fragen beigetragen. Kormann[292]) sieht den Unterschied der Anstaltspolizei von der Anstaltsgewalt darin, daß sich die Polizei auch gegen Dritte der Anstaltsgewalt nicht unterworfene Personen richten könne, und sich andererseits auf die bloße Negation beschränke, also nichts weiter könne, als zwangsweise alles beseitigen, was den Betrieb der öffentlichen Anstalt störe. Die Ausübung der Anstaltspolizei sei ebenso wie die der Anstaltsgewalt in erster Linie Sache der Anstaltsorgane. Nur soweit deren Kräfte nicht ausreichten, kämen die allgemeinen Polizeibehörden in Betracht. Außerdem aber komme hier das selbständige Eingreifen der allgemeinen Polizeibehörden durch eine vollstreckungsbedürftige Polizeibefehle in Betracht: Hier zeigt sich deutlich, was seinem Wesen nach zur Anstaltsverwaltung und was zur Polizei im Sinn der Sicherheits- (und Sittlichkeits-) Polizei gehört. Alles, was in den Rahmen der Aufgaben und Zwecke der öffentlichen Anstalt gehört, gehört zur Zuständigkeit der anstaltsleitenden Verwaltungsbehörde. Soweit handelt es sich um Anstaltsverwaltung, nicht um Polizei. Soweit aber Fragen der öffentlichen Sicherheit und Sittlichkeit in Betracht kommen, gehören diese zur Zuständigkeit der Polizeibehörde.

Um ganz andere als polizeiliche Fragen handelt es sich auch bei der Feststellung des Bestandes, Inhalts und Umfangs der öffentlichen Sache. Hier ist meist, wie im Art. 177 BWG, verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit gegeben.

---

287) Hofacker, StV S. 24 ff. „Inversion der Begriffe", S. 28.
288) Mayer I, S. 271.
289) Jungmann, DVBl 1935, S. 1 ff.
290) a. a. O.
291) Mayer II, S. 495.
292) Kormann, bei Stengel-Fleischmann § 3.

§ 12. Die Unterhaltung der öffentlichen Sache.

Unter der Unterhaltung der öffentlichen Sache verstehen wir den Inbegriff derjenigen Maßregeln, welche erforderlich sind, um die öffentliche Sache in einem zur Erfüllung der durch sie verkörperten Gemeinschaftsaufgabe entsprechenden Zustand zu erhalten. Die Unterhaltung der von der Gemeinschaft gehaltenen Sachen ist Aufgabe der Gemeinschaft; eine Pflicht gegenüber einzelnen Gemeinschaftsgliedern besteht in keinem Fall. Es kann eine Pflicht einer bestimmten Anstaltsleitung, zum Beispiel einer Gemeinde, einer staatlichen Verwaltungsbehörde, gegenüber der Staats- bezw. Dienstaufsichtsbehörde zur Erfüllung von Unterhaltungspflichten bestehen, es werden insbesondere dort, wo einzelnen Gemeinschaftsgliedern die Unterhaltung öffentlicher Sachen übertragen ist, Pflichten derselben gegenüber der zuständigen Behörde bestehen, niemals aber besteht eine Rechtspflicht des „Unterhaltungspflichtigen" gegenüber Dritten, Anstaltsnutzern, Anliegern etc. auf ordentliche Unterhaltung, die eventuell von den Gerichten nachgeprüft werden könnte[293]). Irrtümlich ist es auch, dort von einer Pflicht zur Unterhaltung zu sprechen, wo, wie z. B. nach PrWG die Polizeibehörde anderen staatlichen Behörden gegenüber die Unterhaltung überwacht.

Von einer „Polizeipflichtigkeit des Eigentums"[294]) im Rahmen des öffentlichen Sachenrechts bei der Untersuchung der Unterhaltung der Sachsubstrate zu sprechen, erübrigt sich schon deshalb, weil das Eigentum als „vorsachenrechtliche" Erscheinung im Rahmen des Anstaltsverhältnisses keine Bedeutung mehr hat.

§ 13. Die Endigung der öffentlichen Sache.

Wie die Widmung der Schöpfungsakt der öffentlichen Sache als öffentliche Anstalt war, so ist die Entwicklung[295]) der Endigungsakt. Der Form nach ist die Entwidmung entweder Führungsakt oder Durchführungsakt. Dabei kann die Widmung Durchführungs- und die Entwidmung Führungsakt, nicht aber umgekehrt die Widmung Führungs- und die Entwidmung Durchführungsakt sein, es müßte denn eine ausdrückliche Anweisung oder Ermächtigung seitens der Führungsstelle an die zuständige Durchführungsstelle vorliegen. Ihrem rechtlichen Inhalt nach ist die Entwidmung Aufhebung der Rechtspflicht der mit der Trägerschaft der öffentlichen Sache der individuellen Nutzung unterlag, auch die Aufhebung des Mantelrechtsaktes[296]). Ihre Wirkung besteht darin, daß nun eine Anstaltsnutzung, sei es individueller, sei es genereller Art, nicht mehr erfolgen kann. Dagegen ist mit der Entwidmung an sich nichts darüber ausgesagt, ob das die Ver-

293) Auf dem Wege der §§ 823, 839 BGB. Siehe unten S.

294) siehe unten S. 67.

295) Vergleiche dazu als kirchenrechtliches Analogon die Exekration bezw. das bischöfliche Profanierungsdekret. Eichmann 1, S. 388.

296) Siehe oben, S. 41 ff. Über die Möglichkeit einer bedingten Einziehung öffentlicher Sachen siehe SOVG vom 26. 10. 1934 in DVBl 1935/96.

fügungsfähigkeit der widmenden Stelle über das Sachsubstrat vermittelnde Recht, zum Beispiel die Dienstbarkeit am Sachsubstrat fortbesteht oder nicht. — Die öffentliche Anstalt hat ihr Ende erreicht auch mit dem Unmöglichwerden der Erfüllung ihrer Aufgabe wegen Untergangs des Sachsubstrats[297]). — Da kein Benützer vor Eintritt in das Nutzungsrechtsverhältnis ein subjektives Recht auf den Bestand der öffentlichen Sache hat, vermag er auch deren Aufhebung nicht zu verhindern[298]). Die Rechtsstellung des Sondergebrauchsberechtigten im einzelnen bemißt sich nach dem Inhalt der jeweiligen Nutzungsrechtsverhältnisse.

§ 14. Der öffentliche Wasserlauf.

Als Wasserläufe wollen wir bezeichnen alle oberirdischen in natürlichen oder künstlichen Betten fließenden Gewässer, einschließlich ihrer oberirdischen Quellen, ihrer unterirdischen, sowie ihrer künstlich veränderten oder verlegten Strecken[299]).

1. Alle oberirdisch fließenden Gewässer: Gleichgültig ist die Größe und die Bedeutung für die allgemeine Wasserwirtschaft.

2. Alle oberirdisch fließenden Gewässer: Nicht zu den Wasserläufen gehört das Grundwasser, es sei denn, daß es sich nur um zeitweilige unterirdische Strecken sonst oberirdisch fließender Gewässer handelt[300]). Gewichtige Gründe scheinen allerdings dafür zu sprechen, auch das Grundwasser, das heißt die in gewisser Tiefe auf undurchlässigen Bodenschichten sich ausbreitenden und je nach den Gefällsverhältnissen sich abwärts bewegenden Gewässer[301]) zu den Wasserläufen zu rechnen. Es ist auch nicht zu verkennen, daß, wie die sächsische geologische Landesuntersuchung festgestellt hat, das Grundwasser eines Tales mit dem im Tale oberirdisch fließenden Wasser ein materiell untrennbares Ganzes bildet[302]), oberirdisches und unterirdisches Wasser also hydrologisch eine Einheit bildet, miteinander zusammenhängt und einander bedingt[303]). Diese enge Verbundenheit kann aber doch nur zu einer gleichen rechtlichen Behandlung oberirdischen und unterirdischen Wassers nicht aber dazu führen, auch das gänzlich unterirdisch fließende Wasser[304]) zu den Wasserläufen zu rechnen, denn für den Begriff des Wasserlaufs ist der des Bettes wesentlich, ein solches kann aber zwar für das Karstwasser, nicht aber für das gänzlich unterirdisch fließende Wasser angenommen werden[305]) [306]).

---

297) Sehr ungenau hier Lauf S. 12.
298) siehe oben S.
299) Vergleiche § 1 PrWG.
300) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 3 Ziff. 4, § 1 I PrWG, § 2 III ThWG, § 1 IV ÖWG.
301) SOVG 23/300.
302) a. a. O.
303) Schlegelberger in RVBl. 1934/908.
304) Vgl. ThWG § 77 „Grundwasserstrom".
305) Sommer-Meister, S. 9, Note b.
306) siehe unten S. 53 ff.

3. Alle fließenden Gewässer: Den Gegensatz bilden die stehenden Gewässer, die Seen, Teiche und Weiher. Eymann[307]) will die stehenden von den fließenden Gewässern dadurch unterscheiden, daß er unter Seen Gewässer versteht, deren Wassermasse sich so langsam erneuert, daß sie dem Anschein nach überhaupt unverändert bleibt. Der Zu- und Abfluß eines Sees sei im Verhältnis zu der das Seebecken füllenden Wassermasse so gering, daß das Wasser im See keine sichtbar fließende Bewegung erkennen lasse, sondern nur ganz allmählich und unmerklich abfließe und annähernd im gleichen Maße durch neue Wasserteile ersetzt werde. Diese Abgrenzung der Seen etc. von den Wasserläufen bleibt an der Oberfläche haften; weil für den oberflächlichen Betrachter die in dem Seebecken befindlichen Wassermenge eine gewisse Konstanz zeigt, soll der See etwas vom Wasserlauf verschiedenes sein. Eymann kommt auch sofort bei der Behandlung der sog. Stauseen in Schwierigkeiten[308]). Besser wird man mit Sommer-Meister[309]) folgende Fälle unterscheiden und darnach die Abgrenzung vornehmen.

a) Ein Wasserlauf durchströmt einen See, dann ist der See nichts weiter als eine Ausweitung des Wasserlaufs[310]); dies wird auch gelten müssen, wenn ein See mehrere Zuflüsse, aber nur einen Abfluß hat.

b) Ein Wasserlauf mündet in einen See, der keinen erkennbaren Abfluß hat: Dann ist der Wasserlauf mit seiner Mündung zu Ende[311]).

c) Ein erkennbarer Zufluß ist nicht vorhanden, wohl aber ein Abfluß, dann ist der See einschließlich des Abflusses Wasserlauf[312]).

4. Alle in natürlichem oder künstlichem Bett fließenden Gewässer:

a) Soweit sich an die Unterscheidung von natürlichen und künstlichen Wasserläufen rechtliche Folgen knüpfen, wird man sich der Vermutung von Holtz-Kreutz anschließen müssen, wonach in Zweifelsfällen der Wasserlauf, abgesehen von Triebwerks- und Bewässerungskanälen als ein natürlicher anzusehen ist, solange nicht das Gegenteil erwiesen ist[313]).

b) Als Bett eines Wasserlaufs ist die Wasserrinne zu betrachten, die entweder von der Natur gebildet oder von Menschenhand künstlich geschaffen ist[314]). Es ist im allgemeinen dann ein Bett als vorhanden anzusehen, wenn das Gerinne eines Gewässers wenigstens einige räumliche Ausdehnung und Selbständigkeit gegenüber den anstoßenden Grundflächen besitzt, sodaß diese durch das Gerinne als einigermaßen voneinander getrennt erscheinen[315]). Keine Wasserbetten sind die Rinnsale, in denen das Niederschlagswasser von

307) Eymann II, S. 635, Ziff. 5.
308) Eymann II, S. 636.
309) Anm. III, 1c zu § 2 ThWG bei Sommer-Meister.
310) Vgl. Holtz-Kreutz, S. 7.
311) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 6, Eymann II, S. 499.
312) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 5, Ziffer 6, RGZ S. 49, Bd. 140.
313) Vergleiche PrWG, § 1, III Abs. 3, Holtz-Kreutz, S. 8.
314) Schelcher, SWG, S. 6.
315) Nieder, S. 21, Holtz-Kreutz, S. 3, Ziff. 2.

Grundstücken abfließt, Straßen- und Grenzgräben, Gossen und Rohrleitungen[316]), Klär- und Reinigungsanlagen und ähnliche Wasserleiter und Wasserbehälter, ebensowenig Grundstücke, die zur Fischzucht oder Fischhaltung oder zu sonstigen Zwecken mit Wasser bespannt werden[317]) und mit einem Wasserlauf nur dadurch in Verbindung stehen, daß sie mittels künstlicher Vorrichtungen aus dem Wasserlauf gefüllt oder in einen solchen abgelassen werden. Mühl- und Triebwerksgräben sind Wasserbetten[318]). Einen etwas abweichenden Standpunkt vertritt die Begründung zum SWG[319]), nach der es für den Begriff des Bettes gleichgültig ist, ob die Wasserrinne frei zu tage liegt oder streckenweise verdeckt ist und dann in verschiedener Gestalt erscheint, als Röhre, Gewölbe oder gedeckter Kanal mit eckigem Querschnitt. Auch im letzteren Fall dürfe man, sofern nur das Gewässer als Ganzes betrachtet, in seinem gesamten Verlauf einen freien oberirdischen Abfluß habe, das Gerinne als Bett betrachten. Von Bedeutung ist die Frage bei den sogenannten kanalisierten Wasserläufen, den Fällen, wo wie z. B. bei der Lotte in Weimar, der Leutra in Jena und dem Nesenbach in Stuttgart frühere Bette vollständig in die Straße eingemauert wurden, demnach Wasserläufe, die in einem Bett begannen, in ein städtisches Dolen- und Kanalsystem einbezogen wurden. Derartige Leitungen können nicht als künstliche Betten angesehen werden. Eine andere, weiter unten[320]) zu behandelnde Frage ist die, ob etwa das in diesen Leitungen fließende vor Eintritt in dieselben öffentliche Wasser, diese rechtliche Eigenschaft weiter beibehält. Auch das preußische Oberverwaltungsgericht[321]) steht auf dem Standpunkt, daß die zur Beseitigung der häuslichen und Straßenabwässer in bedeckten Kanälen oder Rohrleitungen bestehenden Kanalisationsanlagen nicht Wasserläufe im Sinne des PrWG sind und daß daran auch der Umstand nichts ändere, daß vor Einbeziehung in die städtische Entwässerungsanlage die fraglichen Gräben die Eigenschaften von Wasserläufen im Sinn des Gesetzes gehabt hätten. Nach dem SOVG[322]) bildet die Aufgabe der Wassergesetzgebung lediglich die Ordnung der Verhältnisse an den im Erdboden befindlichen und den als Quelle, Bach oder Fluß aus dem Erdboden hervorgegangenen Wassermengen des Landes, ergreife also nicht die Schmutz- und Schleußenwässer, bei denen sich das Interesse der Allgemeinheit in der möglichst unschädlichen Beseitigung derselben erschöpfe.

5. Einschließlich ihrer oberirdischen Quellen[323]): Die Abgrenzung des Wasserlaufs von der Quelle hat stets Schwierigkeiten bereitet. Für eine natürliche Betrachtung gehört die Quelle zum Wasserlauf. Sie ist der Punkt,

316) Vergleiche Otto Mayer II, S. 149 Anm. 19.
317) § 1 II PrWG, Holtz-Kreutz S. 10.
318) Vergleiche Holtz-Kreutz, S. 15 Ziff. 20, § 1 III PrWG, § 2 I, II ThWG.
319) Dekret Nr. 17 vom 30. 11. 1905.
320) Siehe unten S. 82.
321) PrOVG 78/319, 40/277. Vergleiche das Reichsgesetz zur Bekämpfung gemeingefährl. Krankheiten v. 30. 1. 1900, § 35.
322) SOVG 23/194.

an dem der Wasserlauf beginnt. Man hat den Anfangspunkt des Wasserlaufs weiter nach abwärts verlegen wollen, an den Austrittspunkt des Quellabflusses aus dem Ursprungsgrundstück[324]). Dabei wurde unterschieden zwischen Quellen, deren Wasser in freiem Lauf sofort weiterfließt, und solchen, die zunächst ihr Wasser in einer Bodenvertiefung sammeln, dadurch einen Teich bilden und erst durch dessen Abfluß zu einem Wasserlauf werden. Nur die ersteren sollten vom Ort ihres Austritts aus dem Boden bereits Wasserläufe sein[325]). Eymann[326]) weist demgegenüber mit Recht darauf hin, daß es unbefriedigend wäre, wenn — wie es die Folge eines Beginns des Wasserlaufs erst nach Austritt aus dem Ursprungsgrundstück wäre — der Wasserlauf durch Änderung der Grenzen dieses Grundstücks willkürlich verkürzt oder verlängert werden könnte. — Unterirdische Wasseradern, aus denen die Quelle sich bildet, gehören nicht zur Quelle[327]). Wesentlich für die Quelle ist die Regelmäßigkeit des Wasseraustritts an der betreffenden Bodenstelle[328]). Gleichgültig ist dagegen, in welcher Weise das Wasser an die Erdoberfläche tritt, ob bereits in einem Strahl oder ob es in zahlreichen kleinen Tropfen aus der Erde kommt und sich hierbei etwa so mit losen Erdteilen vermengt, daß die Quelle den Eindruck eines Tümpels oder eines Sumpfgeländes macht[329]).

Die Nichteinbeziehung der Quelle eines öffentlichen Wasserlaufs in die öffentliche Anstalt, deren Sachsubstrat der Wasserlauf ist, würde, da die teilweise Beherrschung der Oberstrecke eines öffentlichen Gewässers in privater Hand die Folge sein könnte, dem Grundsatz der ausschließlichen Beherrschung des fließenden Wassers durch die öffentliche Gewalt widersprechen.

Zu den Wasserläufen gehören auch deren Nebenarme, d. h. natürliche oder künstliche Abzweigungen eines Wasserlaufs vom Hauptfluß, die mindestens bei mittlerem Wasserstand fließendes Wasser führen[330]). Wird ein Nebenarm nur bei Hochwasser durchströmt, so liegt eine Hochwasserrinne oder Flutmulde vor, die nicht Teil des Wasserlaufs ist. Nach Eymann[331]) gehören auch die sog. Altwasser zum Wasserlauf, d. h. es soll ein Nebenarm, der durch Anbau an seiner Abzweigungsstelle den Zusammenhang mit dem Hauptfluß verloren hat, dadurch nicht seine Eigenschaft als Nebenarm

323) Vergleiche § 1 PrWG, § 1 II 2 SWG, Art. 2 II Ziff. 1 WWG.
324) Vergleiche RGZ 12/183; 36/185.
325) siehe Eymann II, 498. RGZ 16/229; 27/328.
326) Eymann, a. a. O.
327) RG in JW 21/246.
328) Vergleiche Sommer-Meister A III 1a zu § 2 ThWG.
329) Vergleiche RG in Gruchot 42/1009 ff.
330) Vergleiche Eymann II S. 522 A 9, Holtz-Kreutz S. 25 Ziff. 6.
331) Eymann II S. 522, 523.
332) a. A. Brenner, S. 29, Harster S. 7. Über den Fall eines verlegten Wasserlaufs siehe Eymann II S. 520, Holtz-Kreutz S. 16 Ziff. 22. Vergleiche auch BVGH 55/149.
333) So der Winterhafen der Stadt Küstrin, vergl. RG in PrV Bl 34/897 u. Eymann II, S. 523.

verlieren, und zwar selbst dann nicht, wenn der seltene Fall vorliegt, daß das Altwasser an seinem unteren Ende gleichfalls vom Fluß getrennt ist[332]).

Zu den Wasserläufen gehören ferner auch die Häfen, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob sie im Bett eines Wasserlaufes angelegt sind (wie der Rheinhafen in Köln) oder außerhalb desselben durch Neuhinzunahme von Landstücken; es handelt sich auch in letzterem Fall um „künstlich gebildete Flußteile", die ebenso wie die Nebenarme dem Wasserlauf zuzurechnen sind[333]). Dagegen sind Häfen, die sich als eine selbständige Wasserfläche darstellen und mit dem Wasserlauf nur durch künstlich hergestellte Zufahrten, insbesondere durch sog. Stichkanäle verbunden sind (wie der Rheinhafen der Stadt Düsseldorf) nicht Bestandteile des Wasserlaufs mit dem sie in Verbindungen stehen[334]).

Anhang: Das Grundwasser.

Schlegelberger[335]) betont mit Recht, daß oberirdisches und unterirdisches Wasser eine Einheit bildet, miteinander zusammenhängt und einander bedingt. Die bisherigen Wasserrechte haben weithin gegen diesen Grundsatz der Wasserwirtschaft verstoßen und oberirdisches und unterirdisches Wasser rechtlich verschieden behandelt. Man wird mit Eymann[336]) davon ausgehen dürfen, daß das Grundwasser nicht Bestandteil des Bodens ist, als den die meisten Wassergesetze es behandeln. Es ist ein eigener, vom Boden unabhängiger Stoff, welcher nur zufällig infolge seiner natürlichen Beschaffenheit in den Boden eindringt und hier vorübergehend sich aufhält. Selbst wenn man aber das unterirdische Wasser als Grundstücksbestandteil behandeln will, kann dies doch nur die Folge haben, daß der Grundeigentümer das unterirdische Wasser, wie es zufließt, zu Tage fördern darf, nicht aber, daß er ein Recht bekommt auf Zulauf des Wassers, noch daß das frei fließende Wasser in irgend einer Ausdehnung dem Privatrechtsverkehr unterstellt wird[337]). Die hier einschlägigen Fragen spielten eine bedeutende Rolle in einem interessanten Rechtsstreit, der vor einigen Jahren das bayerische oberste Landesgericht beschäftigt hat[338]): Das Sägewerk M. hat in M. ein Elektrizitätswerk mit Wasserkraft betrieben, das Wasser wurde durch den dem M. gehörigen Moosachkanal aus der Moosach zugeführt. Die Moosach wird durch verschiedene Wasserläufe aus dem Freisinger Moos gespeist. Die Miag staute 1924 zur Gewinnung elektrischer Kraft in Großkraftwerken die Isar bei O. auf und leitete sie in einem Werkkanal ab. Die Miag hatte die Zustimmung des bayerischen Staates zur Inbetriebsetzung ihrer Anlage. Nach der Behauptung des M. ist das Bett der Isar unterhalb des Stauwerkes

334) Vergleiche RG in PrV Bl 34/895, Holtz-Kreutz S. 23 Ziff. 3.
335) RV Bl 1934/905 ff.
336) Eymann II, S. 49.
337) Hofacker, DWWV 1927, S. 9. Vergleiche Art. 3 WWG.
338) 31/245 ff.
339) SOVG 18/22 ff.

ziemlich wasserfrei; infolgedessen senkt sich der Grundwasserspiegel des angrenzenden Teiles des Freisinger Mooses, die Moosachzuflüsse, die durch dieses Grundwasser gespeist waren, versiegen teilweise und der Moosach sind erhebliche Wassermengen verloren gegangen. M. verlangt deshalb von der Miag Unterlassung bezw. behebende Maßnahmen und Schadensersatz. In der Revisionsbegründung wurde u. a. ausgeführt, das Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen berechtige nicht zu Maßnahmen, die den Grundwasserstand der angrenzenden Gebiete und in der Folge die Wasserführung der durch das Grundwasser bisher gespeisten fließenden Gewässers ungünstig beeinflusse. Die dadurch herbeigeführte Entziehung von Wasser stelle sich dar als rechtswidriger Eingriff in das Eigentum des M. Es liege eine unerlaubte Handlung nach § 823 II BGB vor, denn die §§ 16, 147 Nr. 2 GewO und die Artikel 50, 202 Nr. 2 BWG seien Schutzgesetze nach § 8283 II BGB. Das ObstLG hat die Revision mit Recht zurückgewiesen mit folgender Begründung: Das Recht des Grundeigentümers erfasse nur dasjenige Grundwasser, das sich innerhalb der in die Tiefe fortgesetzten Grundstücksgrenzen befinde, Druckwasser (das durch Eintritt von Flußwasser durch poröses Gelände und in dieses hinein entsteht also erst, wenn es in diese Grenzen eingetreten sei. Ein Anspruch auf Unterlassung der Störung des Druckwasserstromes lasse sich also den sachenrechtlichen Bestimmungen des BGB nicht entnehmen, denn diese Störung verhindere nur, daß Druckwasser Eigentum werde, das ohne die Einwirkung Eigentum würde. Auch aus dem Wassergesetz ergebe sich nichts anderes, denn Eigentum im Sinne dieses Gesetzes, nämlich das Recht zur Aneignung und zum Gebrauch des fließenden Wassers, könne nur an dem tatsächlich zufließenden Wasser erlangt werden, Unterbindung der Wasserzufuhr sei noch nicht Störung des Eigentums. Gerade an diesem Rechtsstreit kann man erkennen, daß die Ansicht des sächsischen OOberverwaltungsgerichts[339]), an der Behandlung des Grundwassers sei das gemeine Wohl nicht in dem Maß beteiligt, daß es geboten gewesen wäre, sie im vollen Umfang der Staatsaufsicht zu unterstellen, unrichtig ist. Ebenso Hofacker[340]), nach dem Art. 3 WWG nicht den Sinn hat, daß der Grundeigentümer in Rechte des an einem öffentlichen Gewässer Beteiligten eingreifen darf, sondern umgekehrt, daß er in seinem Recht, unterirdisches Wasser zu Tage zu fördern, beschränkt wird, wenn er die Interessen der an einem öffentlichen Gewässer Beteiligten schädigt. Auch Schelcher[341] befürwortet die Unterstellung des Grundwassers unter die Staatsaufsicht und die Aufhebung der Ausnahmebestimmung des § 1 II 1, 3 SWG. Diese Regelung dürfte im Einklang stehen mit dem alten deutschen Recht, nach dem das unbenutzte Grundwasser kein Bestandteil des Grundstücks, sondern herrenlos war[342]).

---

340) Hofacker, DWWV 1927 S. 10.
341) Schlecher, Fischers Ztschr. 51/295.
342) So Kloeß, Gruchot 54/305 ff. Zum Grundwasserrecht siehe weiter Hatz in GemVerwZtg 1930 Spalte 441 ff, 473 ff, Werneburg ZAR 12/289 ff.

§ 15. Die Widmung zum öffentlichen Wasserlauf.

Ein Wasserlauf wird dann „öffentlicher Wasserlauf", wenn er durch eine Widmung als Sachsubstrat in eine öffentliche Anstalt einbezogen wird. Bezüglich der Begriffe Widmung und öffentliche Anstalt darf auf das oben[343]) Ausgeführte Bezug genommen werden.

Die Widmung nach BWG liegt für die schiff- oder flößbaren Wasserläufe im Art. 1 BWG, bei neu zu schaffenden öffentlichen Wasserläufen in der Erklärung der Staatsregierung nach Art. 4 I BWG, wonach jeder Fluß und jeder Teil eines solchen, wenn er vom Staat oder von einem Dritten zur Schiff- oder Floßfahrt eingerichtet wurde, von der Staatsregierung zum öffentlichen Fluß erklärt werden kann. Die Eigenschaft als öffentlicher Fluß beginnt mit dem von der Staatsregierung bezeichneten Zeitpunkt. Die Umwandlung eines Flusses in einen öffentlichen steht im freien Ermessen der Staatsregierung — dies entspricht dem oben[344]) festgestellten Grundsatz, daß die Fürsorge für das Wasserwesen Aufgabe, aber nicht „nach unten" bestehende Pflicht der Verwaltung und die Errichtung öffentlicher Anstalten Ermessenssache ist. Von Bedeutung ist, daß die Erklärung zugleich den Zeitpunkt bestimmen muß, von dem ab die öffentliche Eigenschaft mit allen daran sich knüpfenden Rechtsfolgen beginnen soll; von diesem Zeitpunkt ab datiert die Existenz der öffentlichen Sache[345]). Streng geschieden von der Widmung (Art. 4 I) ist die Abtretung eines Grundstücks und die Belastung eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit (Art. 4 II). Durch die Erklärung der Staatsregierung geht das Eigentum am Sachsubstrat auf den Staat über, falls es nicht schon vorher dem Staat zustand; es ist also unmöglich, daß die Voraussetzung der Widmung bildende Verfügungsgewalt über das Sachsubstrat nicht gegeben ist[346]).

Die Widmung nach PrWG liegt bei den Wasserläufen 1. Ordnung in dem § 3 I PrWG, bei den Wasserläufen 2. Ordnung in dem Verwaltungsakt des Oberpräsidenten kraft § 5 III PrWG[347]). Die Wasserläufe 3. Ordnung sind nicht zu den öffentlichen Wasserläufen zu rechnen.

Nach SWG kann man als öffentliche Wasserläufe alle fließenden Gewässer kraft der Widmung des § 1 SWG betrachten[348]). Siehe auch § 1 BdWG, § 1 BWG, § 1 ThWG, § 1, 2 ÖWG, Art. 1 II SchWG.

Die Unterscheidung der Wasserläufe in öffentliche und private Gewässer stammt aus dem römischen Recht. Bei der Rezeption des römischen Rechts ergab sich eine Überschneidung der Begriffe Flumen publikum und Flumen privatum mit den deutschrechtlichen Begriffen des schiffbaren und nicht schiffbaren Wasserlaufs. Es wurden nach der Rezeption die für die römischen, zeitweilig austrocknenden Privatflüsse geltenden Rechtssätze auf alle

343) S. 34 ff, 39 ff.
344) S. S. 69.
345) Eymann II, S. 537.
346) Maunz, Hauptprobleme, S. 260/261.
347) Hatschek, S. 443, 444.
348) Vergleiche Schlecher, SWG S. 4 ff.

nicht schiffbaren Wasserläufe in Deutschland angewendet. Soweit diese Rechtssätze den Gemeingebrauch von den nicht schiffbaren Wasserläufen ausgeschlossen hätten, konnten sie nicht rezipiert werden. Deshalb erfuhren die Begriffe „öffentlich" und „privat" in Ansehung der Wasserläufe eine Umdeutung[349]). Ebenfalls aus dem römischen Recht stammt das Merkmal des ständigen Fließens als Begriffsmerkmal des öffentlichen Wasserlaufs. Die Beibehaltung dieses Merkmals ermöglicht eine klare Abgrenzung der Wasserläufe gegenüber den gelegentlichen Sturz- und Gießbächen, d. h. den namentlich im Gebirge vorkommenden, nur bei Schneeschmelze und nach großen Niederschlägen sich mit Wasser füllenden Abflußrinnen. Das Merkmal des ständigen Fließens gibt auch ein sicheres Kriterium, wann Ent- und Bewässerungsgräben zu den Wasserläufen gehören. Die §§ 1 WWG, § 1 SWG entsprechen deshalb der Natur der Sache mehr als die § 1 PrWG („zeitweilig oberirdisch in einem Bett fließende Gewässer") und § 1 ThWG („zeitweise fließende Gewässer"). Ein zeitweiliges Versiegen steht dem Charakter des ständigen Fließens nicht entgegen[350]): perenne est, quod semper fluat . . . si tamen aliqua aestate exaruexit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est[351]). Dem Ausdruck „ständig fließend" ist vor „regelmäßig fließend" der Vorzug zu geben, weil nicht eine bestimmte, gleichmäßig fließende Wassermenge, sondern das regelmäßige Fließen des Wassers das Entscheidende ist[352]).

Denjenigen Wassergesetzen, welche zwischen den Wasserläufen nach der Größe rechtliche Unterscheidungen gemacht haben, hat Hofacker[353]) mit Recht entgegengehalten, der logische Grund einer solchen Unterscheidung sei nicht einzusehen, es sei doch so, daß gerade bei den kleineren Wasserläufen die geringere Wasserführung oft Anlaß zu erhöhter staatlicher Fürsorge gibt. Auch Köttgen[354]) hält für die Gegenwart eine rein quantitative Unterscheidung der Gewässer für unhaltbar, da man heute weniger auf die Schiffbarkeit des Gewässers als auf die im Wasser liegende Energiequelle abstelle. Für eine einheitliche rechtliche Behandlung aller Wasserläufe trat schon bei Beratung des BWG Frh. v. Malsen[355]) ein: Es sei nicht in Abrede zu stellen, daß durch Verwandlung aller Gewässer in dem Privateigentum entzogene öffentliche Gewässer eine unübertreffliche Klarheit und Einfachheit der wasserrechtlichen Bestimmungen geschaffen würde. Auch scheinen wichtige sozialpolitische und volkswirtschaftliche Momente im Interesse einer verallgemeinerten und möglichst intensiven Wasserwirtschaft für diese Lösung zu sprechen[356]). Diese Auffassung entspricht auch national-

349) Schmidt, S. 95 u. Anm. 13.
350) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 3 Ziff. 3.
351) C 192 D 43/12.
352) Schelcher, SWG S. 8.
353) Hofacker, DWWV, 1927 Nr. 19, S. 7. Ebenso Moll VA 16/301.
354) Köttgen, Hauptprobleme S. 48.
355) Bericht des Abgeordneten Frh. v. Malsen an den 8. Ausschuß des Hauses der Abgeordneten.
356) Ebenso Schlegelberger in Ru PrVBl 1933 Nr. 36.

sozialistischem Denken, weshalb ihr zweifellos bei der Schaffung des neuen Reichswassergesetzes Rechnung getragen werden wird.

Besondere Schwierigkeiten bereitete von jeher die Auffindung der Widmung bei den natürlichen Wasserläufen, die man gern als geborene öffentliche Sachen bezeichnete und bei denjenigen, deren Entstehung unvordenkliche Zeit zurückliegt. Bezüglich der natürlichen öffentlichen Wasserläufe sei festgestellt, daß von Natur nichts und auch keine Sache einen bestimmten Rechtscharakter haben kann. Es handelt sich hier um eine Verwechslung der von der Natur gegebenen Brauchbarkeit eines Substrats, Unterlage einer öffentlichen Anstalt zu sein, mit dem Entstehen der letzteren selbst. Daß eine Institution des öffentlichen Rechts nur auf rechtlichem Wege, durch einen Führungs- oder Durchführungsakt entstehen kann, dürfte einem Zweifel nicht unterliegen.

Die hier abgelehnte Auffassung wird vertreten von Kisch[357]), nach dem nicht zum öffentlichen Eigentum solche Sachen gehören, die vermöge ihrer natürlichen Eigenschaft dem allgemeinen Gebrauch dienen, denn sie seien dem dinglichen Privatrecht nicht durch positiven Rechtssatz, sondern unmittelbar durch ihr natürliches Wesen entzogen und stünden nicht einmal in einer öffentlich rechtlichen Herrschaft. Auch Fleiner[358]) spricht davon, daß bei den natürlichen Wasserläufen die Natur selbst die Sache zu einer öffentlichen gemacht habe. Ebenso meint Straeter[359]), daß es nur bei den künstlichen Wasserläufen der Widmung bedürfte, um sie zu öffentlichen Sachen zu stempeln, während die natürlichen Wasserläufe vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit bestimmt seien, dem Gemeingebrauch zu dienen. Undeutlich bleibt die Stellungnahme Schlegelbergers[360]), nach dem die natürlichen Wasserläufe kraft ihrer Natur oder kraft des Gesetzes dem Gemeingebrauch unterliegen Nicht richtig wird es aber auch von diesem Standpunkt aus sein, deshalb die Untersuchungen über den Widmungsakt für das Wasserrecht für bedeutungslos zu erklären[361])[362]).

Bei der unvordenklichen Verjährung ist nicht der Rechtsakt der Widmung durch ein außerjuristisches Surrogat, etwa Zeitablauf, ersetzt worden; es handelt sich hier vielmehr nur darum, daß eine Widmung einmal erfolgte, deren Beweismittel aber infolge langen zeitlichen Zurückliegens verloren gegangen sind und nun das Institut der unvordenklichen Verjährung die Vermutung begründet, daß einst eine Widmung erfolgte. Es liegt hier also eine, durch den Beweis des Gegenteils jederzeit entkräftbare Beweisvermutung vor[363]).

---

357) Kisch, S. 380.
358) Fleiner, Institutionen S. 352.
359) Straeter, S. 3, 4.
360) Schlegelberger, ZAR 11/296, 297.
361) a. a. O.
362) Vergleiche auch Almsick, S. 30, W. Jellinek, S. 508, Otto Mayer II, S. 111, Jèze S. 242, 245, Schmidt VA 22/95.
363) Vergleiche Almsick, S. 5, RG 24/163 ff. PrOVG 68/369/3370, DWWV 1928 Nr. 23 S. 14, 15.

§ 16. Das Eigentum an Wasserläufen.

Wenn wir in Konsequenz der oben erörterten Grundsätze über die Rechtsnatur der öffentlichen Sachen, die gerade von der Verneinung der Sachqualität der Wasserläufe (im Sinn des BGB) ihren Ausgang nahm, den Wasserlauf als öffentliche Anstalt kraft Widmung bezeichnen, auf Grund deren eine Verwaltungsbehörde verpflichtet ist, ein geeignetes körperliches Substrat für die Gemeinschaft zur Erfüllung der in der Anstalt verkörperten Gemeinschaftsaufgabe zum Gebrauch durch die Gemeinschaftsglieder bereit zu halten, so bedarf zunächst das bereit zu haltende Substrat und seine rechtlichen Verhältnisse einer Klärung. Die um das Substrat sich gruppierenden Rechtsverhältnisse sind, wenn wir die öffentliche Sache als öffentliche Anstalt bezeichnen „vorsachenrechtlicher Natur". Hier tritt uns nun die berühmte Streitfrage nach der Eigentumsfähigkeit der Wasserläufe entgegen[364]). Eine kritische Untersuchung dieses Problems wird ausgehen müssen von der Frage: Was ist Eigentum? Diese Frage bedarf in einer wasserrechtlichen Arbeit umsomehr der Klärung, als sie gerade in den Wassergesetzen und in der wasserrechtlichen Literatur bedauerlich zerfahren behandelt wurde. Es ist da die Rede vom Eigentum des Staates an Wasserläufen, vom Eigentum der Anlieger an Wasserläufen, von der Aufgabe des Reichs, die Wasserstraßen in sein Eigentum und seine Verwaltung zu übernehmen (Art. 97 RV), das in enger Abhängigkeit von den Wasserläufen stehende Grundwasser gehört vielfach dem Eigentümer des Grund und Bodens[365]), Betrieb und Unterhaltung der öffentlichen Wasserläufe haben Rückwirkungen auf das Eigentum der An- und Hinterlieger und selbst entfernt liegende Grundstücke[366]).

An die Spitze einer Untersuchung der Frage „Was ist Eigentum?", ist der Satz Hofackers[367]) zu stellen, daß die formalen Rechtsbegriffe auf das Gebiet, für das sie gelten wollen, streng einzuschränken sind und daß die Begriffe des BGB bewußt die Beschränkung „privatrechtlich" enthalten und keine allgemeinen, aus dem freien menschlichen Denken sich ergebende materielle Begriffe sind. Das Merkmal „privatrechtlich" soll nicht als die eine Seite der oben abgelehnten Antithese: privatrechtlich-öffentlich-rechtlich im überlieferten Sinn verstanden werden, sondern in dem Sinn „im Rahmen des BGB gültig". Soweit also Verhältnisse vorliegen, die ihrer inneren Natur nach vom BGB ergriffen werden, liegt Eigentum im Sinn der §§ 903 ff BGB vor. In allen anderen Fällen kann es für entsprechend anwendbar erklärt werden, aber keinesfalls aus eigener Kraft die betreffenden Gegenstände ergreifen[368]). Das BGB-Eigentum ergreift aber nur Sachen im Sinn des § 90

364) Hofacker, VA 30/161 spricht hier von der sonderbarsten Rechtsfigur die je gebildet wurde, dem Eigentum an Wasserläufen. Zur Geschichte dieser Frage und des Wasserrecht berhaupt sieh Holtz-Kreutz S. 48 ff, Eymann II 470 ff.

365) Vergleiche § 3 ÖWG, § 2 ThWG.

366) Vergleiche § 50, 82 PrWG. §§ 17, 26, 31, 63 ThWG.

367) Hofacker, StV S. 18, 19, 90.

368) Hofacker, StV S. 90, Dittmann, S. 5.

BGB, d. h. körperliche Gegenstände — wenn man von der Frage der Sachgesamtheiten absieht —. Diese Beschränkung des zivilrechtlichen Eigentums war gerade der rechtstechnische Grund, warum die Theorie die öffentlichen Sachen a priori als körperliche Gegenstände auffaßte, da sie das ideologisch bestimmte Ziel vor Augen hatte, auch die öffentlichen Sachen unter den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff zu bringen. Daß die liberale Theorie bei diesem Vorgehen in logische Konflikte kam, da sie einerseits die Wasserläufe unter die öffentlichen Sachen rechnete, andererseits aber auch hier unter Sachen körperliche Gegenstände verstand, wurde schon oben[369]) genauer dargelegt. — Der zweite oberste Grundsatz des Eigentums nach § 903 ff BGB ist der, daß die im § 903 bezeichnete Herrschaft des Eigentümers sich nur auf die Herrschaft des einen gegenüber einem anderen bezieht, nicht aber auch gegenüber der Gemeinschaft und den sie vertretenden Staat[370]). Das Eigentum ist relativ aufzufassen, nicht absolut, ist also nur eine von der Entwicklung der Außenwelt und der Ausdehnung der Staatstätigkeit abhängige relative Herrschaft des einen gegenüber einem anderen über körperliche Gegenstände[371]). Diese Auffassung ergibt sich zwingend einerseits aus dem Wortlaut des § 903 („kann"), woraus folgt, daß das Belieben des Eigentümers eine Möglichkeit, aber keine Rechtsbefugnis darstellt und daß selbst diese Möglichkeit nur besteht „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen"[372]). Damit ist die liberale Theorie abgelehnt, nach der das Eigentum eine absolute Herrschaft des an sich freien Individuums ist, absolut wie die Freiheit dieses Individuums selbst und wie diese nur im Weg des parlamentarischen Gesetzes beschränkbar; das Eigentum steht nach unserer Auffassung von vorneherein innerhalb der Rechtsordnung, es ist nicht an sich unbeschränkt und durch alle bezüglichen Gesetze dann von außen eingeschränkt. Diese Ansicht[373]) stimmt überein mit der nationalsozialistischen Auffassung, der Inhalt des Eigentums könne sich nur nach dem Maße der damit verbundenen politischen Verantwortung bestimmen und die Normen zur Verwirklichung dieser Verantwortung seien keine Schranken eines abstrakt absoluten Eigentumsbegriffs, sondern konkrete Gestaltungen einer verantwortlichen Rechtszuständigkeit[374]). Eigentum und öffentliche

---

369) s. o. S. 17, 18.

370) Hofacker, Der Einzelne, S. 21, 22 StV, S. 103 ff, Aufbau S. 10 ff, 16, 20. Verkehrssicherungspflicht S. 19.

371) Dürftig die Kritik von Friedrichs S. 286 hieran!

372) Die zahllosen Verfügungen des einzelnen über eine Sache stellen kein positives eigenes Recht desselben dar, sondern soweit sie nicht verboten sind, sind sie tatsächlicher Art. Das BGB gibt kein Recht, Geld zum Fenster hinaus zu werfen, es hindert nur nicht. Hofacker, Der Einzelne, S. 21, 22; Aufbau S. 20. Verkehrssicherungspflicht S. 19.

373) die von Hofacker seit Jahren vertreten wird.

374) Siebert, DR 1935 S. . Vergleiche Sicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 16, Koellreutter, Staatslehre, S. 77. — Die typische Lösung der Nachkriegsdemokratie war entsprechend dem Kompromißcharakter dieser Zeit

Verwaltung sind für uns also nicht mehr zwei gegensätzliche Pole, die sich fremd und feindlich gegenüberstehen, unvereinbar wie die Begriffe Individualinteresse und Kollektivinteresse die sie verkörpern sollen. Die Sphäre des Eigentümerk ist von Anfang an nur eine Sphäre innerhalb der totalen Gemeinschaft, von Führung oder Durchführung für jeden Einzelfall konkret gestaltet.

Aus dieser Klarstellung des Eigentumsbegriffs folgt zwangsläufig die Ablehnung aller Versuche, die Wasserläufe unter den Eigentumsbegriff des BGB zu bringen[375]). Als Begriff des BGB ergreift es nicht das vom BGB nach keiner Seite hin berührte Wasserrecht; als Herrschaft nur über Sachen nicht die Wasserläufe, die keine körperlichen Gegenstände sind; als Herrschaft des einen gegenüber einem anderen ist es nicht verwendbar für die staatliche Verfügung über das Wasser als Gut der Gesamtheit. Das Römische Recht trug dem Rechnung und erklärte alle ständig fließenden Gewässer ohne Rücksicht auf deren Größe für öffentliche Gewässer, an denen Privateigentum ausgeschlossen war. Das Deutsche Recht dagegen betrachtete nur die schiff- und flößbaren Flüsse als öffentliche Flüsse, alle anderen ständigen Gewässer als Privatgewässer; manchmal wurde auch der Kreis der Privatgewässer enger gezogen, etwa auf kleine Bette beschränkt. Es wurde an ständig fließenden Gewässern ein „Eigentum" konstruiert.

Dem Römischen Recht folgte das WWG; nach diesem sind die in natürlichem oder künstlichem Bett ständig fließenden Gewässer, sowie diejenigen Seen, welche einen in gleicher Weise ständig fließenden Ablauf haben, öffentliche Gewässer, die der staatlichen Aufsicht unterstehen[376]). Dem WWG folgte das erste von nationalsozialistischen Gedankengängen befruchtete deutsche Wassergesetz, das ThWG von 1932, das in § 1 bestimmt: „Das Wasser, das ständig oder zeitweise in einem natürlichen oder künstlichen Bette fließt, ist mit diesem Bette zusammen ein öffentliches Gewässer. Dieses Wasser steht nicht im Privateigentum, sein Gebrauch wird durch dieses Gesetz geregelt." Vorher hatte schon das SWG der Natur der Sache Rechnung getragen und sich von der verwirrenden Annahme eines zivilrechtlichen Eigentums frei gehalten. Auch nach dem ÖWG von 1934 sind die öffentlichen Gewässer Teile des öffentlichen Gutes[377]). Das preußische, bayerische und badische Wassergesetz verirrten sich dagegen in privatrechtlichen Künsteleien.

Das Eigentum des Staates an den Wasserläufen erster Ordnung nach § 7, 8 PrWG[378]) zeigt seine Hauptschwäche darin, daß jeder Dritte auf die Ver-

---

zwischen den liberal-bürgerlichen und den marxistisch-sozialistischen Ideen die Idee eines individualistisch-sozialen Eigentums, wobei die sozial-öffentlich-rechtliche Seite des Eigentums als negative Seite im Sinn einer Begrenzung (also in Verteidigungsstellung, Hofacker StV S. 110/111) erschien, während die positive Seite im Privatrecht lag. Vergleiche Mahler, S. 30. Vgl. auch Wieacker DJZ 1934/1446 ff. —

375) Hofacker, Aufbau, S. 36. Vergl. W. Müller S. 158 ff.

376) Art. 1 WWG.

377) §§ 1, 4 ÖWG, § 287 ABGB.

leihung von Wassernutzungen ein Recht selbst gegenüber dem Staat haben kann (§ 46, 47) und daß der Staat zu Wassernutzungen an den Wasserläufen deren Eigentümer er ist, selbst einer Verleihung bedarf. Beim Wasserlaufeigentum der Anlieger fehlt vom Eigentum das Wichtigste, das Recht auf Benutzung des Eigentums, denn die ihnen zustehende Benutzungsbefugnis geht über die aus dem Gemeingebrauch sich ergebenden Befugnisse nicht weit hinaus. Wir müssen um das Eigentum der Anlieger zu gewinnen vom zivilrechtlichen Eigentum abziehen die Verfügung über den Bestand des Wasserlaufs, die allgemeinen Schranken (§ 19—24), den Gemeingebrauch (§ 25, 26), besondere Gebrauchsarten, insbesondere Wassereinleitung, die Nutzungsbeschränkung der Anlieger (§ 40—43), die Verleihungsrechte anderer (§ 46 ff), die Zwangsbefugnisse anderer (§ 330 ff) und haben dann ein Eigentum, das kein Eigentum ist[379]). Das Seltsamste aber ist, daß die Dritten, denen ein Nutzungsrecht am Fluß verliehen wurde, ein Privatrecht am Wasserlauf bekommen, auf das die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind[380]). Hier trifft das Urteil von Edith Satz[381]) zu, daß die vollständige Panzerung des Privateigentums gegen alle Gefahren des Privatrechts (wie sie im PrWG vorgenommen wurde) auf die Vernichtung der kennzeichnenden Merkmale des Begriffs selbst hinausläuft.

Öffentliches Eigentum nimmt für das bayerische Wasserrecht Eymann[382]) an den öffentlichen Gewässern an (Art. 2 BWG). Dieses sei zu unterscheiden von dem Privateigentum des Staates an den Staatsprivatflüssen. Eymann gibt aber zu, daß der Gesetzgeber mit dem Eigentum des Art. 2 BWG Eigentum im Sinn des BGB im Auge hatte. Durch das öffentliche Eigentum sei der Staat auch befugt, über die Ausnutzung der öffentlichen Gewässer zu befinden und für die Einräumung von Nutzungen an ihnen Gebühren zu erheben. Einen Anspruch auf Zuweisung neuer Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern habe niemand. Der Staat dürfe nicht nach Belieben über die öffentlichen Gewässer verfahren, sondern nur im Interesse der Allgemeinheit. Auch Köttgen[383]) befürwortet ein öffentliches Eigentumsrecht an den öffentlichen Gewässern mit dem Inhalt, daß es den Eigentümer zur vollsten Nutzung berechtige; dieses öffentliche Eigentum beziehe sich auf Flußbett und Welle. Köttgen sagt, der Staat könne über sein öffentliches Eigentum

---

378) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 47, RG 94/35; 59/99; 44/331; JW 1914/87.

379) Hofacker, VA 30 166.

380) a. a. O. In vollkommener Verkennung der rein privatrechtlich-liberalen Ideologie des PrWG und des gemeinschaftsmäßigen Charakters der nationalsozialistischen Weltanschauung fordert Lauf unter Berufung auf Punkt 19 des Programms der NSDAP, sich im Wasserrecht auf unser hergebrachtes deutsches Recht zu besinnen, wie es vor allem in der gesetzlichen Regelung Preußens zu finden sei (S. 29). Das Privateigentum des Staates an den öffentlichen Sachen entspreche der deutschen Rechtsauffassung! (S. 38, 39).

381) Edith Satz, Fischers Ztschr. 70/240.

382) Eymann II, S. in Anlehnung an Otto Mayer II, 103, s. auch oben S. 16, 17.

383) Köttgen, Hauptprobleme, S. 23 ff, 41, 54.

ebenso wenig verfügen, wie er einen Steueranspruch einem Dritten abtreten könnten. Der Staat als Eigentümer der Gewässer trete als Hoheitsperson auf, d. h. es seien die allgemeinen Ziele, die er hier verfolge. Dem werde aber schon dadurch Rechnung getragen, daß der Staat die Oberaufsicht über das gesamte Wasserwesen habe. Sondernutzungen an den Gewässern seien also mit der Idee des öffentlichen Eigentums nicht vereinbar. Für öffentliches Eigentum an den öffentlichen Wasserläufen trat schon vor langer Zeit Schwab[384]) ein, in neuester Zeit wieder (wenigstens für das Hamburgische Recht) Edith Satz[385]) so wie Apelt[386]). Moll[387]) spricht sich im Gegensatz dazu gegen die Schaffung eines öffentlichen Eigentums an den öffentlichen Flüssen aus, da der vorhandene Zustand nach Möglichkeit zu schützen sei und nur dort individuelle Befügnisse zu Gunsten des sozialen Gedankens zu beseitigen oder zu begrenzen seien, wo im Interesse der Allgemeinheit eine unabänderliche Notwendigkeit hierzu vorliege. Er ist der Ansicht, daß die öffentlichen Flüsse nach wie vor dem bürgerlichen Recht unterworfen bleiben könnten; trotzdem aber könnten sie im Interesse des sozialen Gedankens in ihrer Eigentumsfähigkeit hinreichend beschränkt werden.

Unter Betonung des Gedankens der Elastizität des Eigentums treten für die Privateigentumsfähigkeit auch der öffentlichen Gewässer Köhler[388]) und Reiserer[389]) ein. W. Müller[390]) nimmt ein vom BGB-Eigentum verschiedenes, besonders geartetes Wasserlaufeigentum an: Im Verhältnis der Nachbarn zueinander zeige das Eigentum am Wasserlauf mit dem Eigentum des BGB verglichen die Besonderheit, daß die Befugnis zur Abwehr von Einwirkungen dem Eigentümer des Wasserlaufs grundsätzlich verschlossen sei; sie könne nur aus einem gesetzlichen Recht am Nachbargrundstück abgeleitet werden (Legalservitut). Solche Beziehungen zwischen Eigentum und Wasserlauf, welche nicht durch die Natur des Wassers gleichzeitig zu Beziehungen des Nachbars gemacht würden, könnten ganz nach BGB beurteilt werden. Ein Eigentum sui generis am Wasserlauf nimmt auch Arnold[391]) an, indem er das Flußeigentum für ein aus dem Eigentum am Wassergrundstück fließendes dynamisches Nutzungsrecht am Flußlauf erklärt, dessen Beschränkungen in der Ausübung zum Inhalt des Eigentumsbegriffs gehörten.

Almsick[392]) schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts (vergl. insbesondere RG 94/35 ff) an, wonach das Eigentumsrecht an Wasserläufen sich auf das Flußbett und den über denselben befindlichen, vom Wasser durchflossenen Raum erstrecke. Hierzu bemerkt Köttgen mit Recht, daß bei dieser Auffassung der Oberlieger den Unterlieger trocken legen könnte, ohne daß

384) Arch.ZivPrax 1847 S. 31 ff.
385) Fischers Ztschr. 70/238 ff.
386) Apelt F.Z. 46/329 ff.
387) Gruchot, 54/353.
388) Köhler, S. 6.
389) Reiserer, S. 20.
390) Fischers Ztschr. 63/174, 175.
391) Arnold, S. 11.
392) Almsick, S. 28, 29.

sich dieser als Eigentümer wehren könnte[393]). Straeter[394]) kommt nach einem Vergleich der Beschränkungen und Bindungen, die dem Privateigentum auch sonst auferlegt sind, mit der Beschränkung, die durch den Gemeingebrauch den im Eigentum des Staates befindlichen Wasserläufen auferlegt sei zu dem Schluß, es sei nicht zu verkennen, daß hier ein Unterschied bestehe; dieser sei aber nicht von so beträchtlichem Umfang, daß die rechtliche Natur des Privateigentums das zunächst auch an den öffentlichen Flüssen gegeben sei, durch die Beschränkungen des Gemeingebrauchs derartig grundlegend geändert werde, daß sich das Privateigentum hierdurch in ein öffentliches verwandeln müsse. Das Eigentum an den öffentlichen Wasserstraßen sei Privateigentum und es werde durch den öffentlich-rechtlichen Zweck lediglich die tatsächliche Verfügung über den Wasserlauf und ihre Einbeziehung in den privatrechtlichen Vermögensverkehr beschränkt (S. 48).

Aus dem oben hinsichtlich der Privateigentumsfähigkeit der Wasserläufe Dargelegten und der Kritik der Mayerschen Theorie vom öffentlichen Eigentum ergibt sich klar die Nichtverwendbarkeit sowohl des Privateigentums, als auch des öffentlichen Eigentums bezüglich der öffentlichen Wasserläufe[395]). Es ist heute auch herrschende Lehre, daß an der fließenden Wasserwelle, sofern sie ihren Lauf nicht auf einem abgegrenzten, im Privateigentum stehenden Grundstück beendet, kein Eigentum als ausschließliche rechtliche Beherrschung einer Sache bestehen kann[396]) und daß ein Eigentum am fließenden Wasser der ganzen Natur des Wassers nach eine juristische Konstruktion bleiben muß[397]).

Der innere Grund für die Unbrauchbarkeit der Theorie vom öffentlichen Eigentum liegt, wie oben schon angedeutet wurde, darin, daß diese Lehre versucht hat, einen Ausgleich zu finden zwischen dem abstrakt-absoluten Eigentum der Einzelperson und den Herrscherrechten der Staatsperson: Zwischen diesen beiden Ideen kann es aber schon logisch kein Kompromiß in grundsätzlicher Hinsicht geben[398]). Erst mit der Verlegung der ganzen Frage in die Ebene des Gemeinschaftsdenkens kann das Problem einer Lösung näher gebracht werden.

Nichts einzuwenden ist gegen ein Privateigentum allein am Wasserbett im „vorsachenrechtlichen Stadium". Wohl handelt es sich auch hier nur um ein „materiell inhaltloses Scheineigentum", das keine praktisch verwertbaren Befugnisse gewährt. Im Interesse grundbuchrechtlicher Klarheit und für den Fall von Veränderungen des Wasserlaufs — vergleiche § 20 SWG, Art. 13

393) Köttgen, Hauptprobleme, S.
394) Straeter, S. 45.
395) siehe oben S. 60, 10 ff.
396) So Staudinger S.
397) Sommer-Meister, S. 6. Es wiederholte sich hier beim Eigentum derselbe Vorgang, den wir bei der Untersuchung des Sachbegriffs die unzulässige Überstreckung des Zivilrechts nannten: Aus einem formalen, nur im Achsensystem des BGB brauchbaren Begriff wurde eine allgemeine materielle Denkkategorie gemacht. Vergleiche Hofacker, StV S. 17.
398) Maunz, Hauptprobleme, S. 311, 317.

WWG — kann es aber trotzdem nützlich sein[399]). Bei künstlichen Wasserläufen sprechen sogar gewichtige Gründe dafür, dem Hersteller des künstlichen Bettes dessen Eigentum zu belassen. Man muß hier aber festhalten, daß dieses Privateigentum auf die öffentliche Anstalt, deren Substrat der Wasserlauf ist, keinen Einfluß haben kann, daß gegen anstaltliche Maßnahmen das Betteigentum kein Einspracherecht schafft, auch wenn es sich ausschließlich um die Benutzung des Bettes handelt. Jede Nutzung des Betteigentums ist wie die des Wasserlaufs selbst entweder Gemeingebrauch oder Sondergebrauch; dies erfährt dadurch keine Änderung, daß eventuell dem Betteigentümer bei der Gewinnung von Materialien (Erde, Sand, Kies, Steine) eine gewisse Vorzugsstellung eingeräumt ist. Das Betteigentum schließt das Eigentum an der im Bett entstandenen Insel, solange sie besteht, in sich; die Anstaltsleitung aber hat das Recht, im Interesse eines ungestörten Anstaltsbetriebs Inseln, die hinderlich sein könnten, ohne Entschädigung zu beseitigen. Eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf den Eigentumserwerb an neu entstandenem Land besteht für den Betteigentümer nicht[400]). Bemerkenswert ist die Regelung des § 14 IV ThWG, wonach der Eigentümer des Wasserbettes den Gemeingebrauch an künstlichen öffentlichen Gewässern, an öffentlichen Gewässern innerhalb eingefriedigter Grundstücke, sowie an Seen, Teichen und ähnlichen Wasseransammlungen soweit sie öffentliche Gewässer sind, verbieten kann. Diese Regelung, die vielfach praktisch sein wird, wird man mit Sommer-Meister (S. 26) dahin auslegen müssen, daß der Eigentümer des Wasserbettes nur den Gemeingebrauch verbieten, nicht etwa den Gemeingebrauch verbieten und dann einzelnen den Gebrauch gestatten kann gegen Entgelt oder ohne Entgelt. Vergleiche dazu auch § 8 II, III ÖWG.

Steht das Bett eines zum öffentlichen Wasserlauf zu widmenden Wasserlaufs im Eigentum eines anderen als des Staates, so entspricht es allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß sich der Staat durch Vertrag oder Enteignung das „bürgerlich-rechtliche" Eigentum verschafft oder sich eine Dienstbarkeit nach BGB bestellen läßt. (Vergleiche Art 4 BWG.) Von einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit, der das Bett des öffentlichen Wasserlaufs unterliegen soll, kann nicht gesprochen werden. Was „Sache" am Wasserlauf ist, fällt unter BGB, die Rechtsbeziehungen, die der öffentlichen Anstalt eigentümlich sind, haben damit nichts zu tun[401]).

---

399) Edith Satz, Fischers Ztschr. 70/242 will wegen des Schwankens der Größe des Flußbetts dieses ebenso wenig als Sache ansehen, wie die das Bett ausfüllende fließende Wasserwelle: Es kann aber doch auch hier nur die — durch die Uferlinie übrigens regelmäßig festgestellte — Grenze einer Sache gegenüber einer anderen Sache (Ufergrundstück) schwankend sein, nicht der Sachcharakter des wasserbedeckten Grundstücks selbst.

400) Vergleiche Edith Satz, Fischers Ztschr. 70, 222, 236 ff. Dazu SWG § 9, WWG Art. 10, 14. — Vergleiche auch Eymann II/509, 510, Art. 7 I, II WWG.

401) Sobald die Widmung vorgenommen worden ist, die öffentliche Sache also entstanden ist, wird der Eigentümer des Substrats gewissermaßen un-

§ 17. Die Wasserpolizei.

Entsprechend den oben[402]) bei der Behandlung der Polizei der öffentlichen Sache entwickelten Grundsätzen seien nun die bisher als Wasserpolizei bezeichneten Materien unter den Begriff der Wasserverwaltung oder Anstaltsleitung gebracht. Folgt man der Natur der Sache, so muß die mit der Anstaltsleitung betraute Behörde,die über die Bewilligung von Benutzungen entscheidet, auch für die Überwachung des Gemeingebrauchs und Sondergebrauchs, des Ausbaues und der Unterhaltung zuständig sein.

Das ThWG wird diesen Gedankengängen gerecht, es gebraucht den Ausdruck Wasserpolizei nicht mehr. Dies steht im Einklang mit § 32 ThLVO, wonach es die Polizei als selbstständigen Verwaltungszweig nicht mehr gibt, vielmehr jede Behörde unter der Voraussetzung des genannten § in der Lage ist, polizeilich tätig zu werden. Sommer-Meister[403]) erklären, daß es nach ThWG keine Wasserpolizei mehr gibt, wohl aber noch wasserpolizeiliche Maßnahmen (Verfügungen und Verordnungen): Dies wird man in dem Sinne verstehen dürfen, daß die anstaltsleitende Verwaltungsbehörde Zwangsbefugnisse hat, die man bisher als polizeiliche Befugnisse bezeichnete. Auch im ÖWG ist nicht mehr von einer Wasserpolizeibehörde, sondern nur von Wasserrechtsbehörden die Rede (§ 81 ff ÖWG). Ebenso vermeidet das bayerische Wasserrecht die Bezeichnung Polizei für die Begründung und Ausübung der Sachträgerschaft. In Wassersachen sind in Bayern grundsätzlich die Behörden der inneren Verwaltung zuständig[404]). Dagegen steht im PrWG der Polizeibegriff im Vordergrund. Prüft man aber die Hauptaufgaben der Preußischen Wasserpolizeibehörden, so findet man kaum eine Aufgabe, die nicht in den Kreis der von der Anstaltsleitung zu erfüllenden Gemeinschaftsaufgaben fallen würde[405]). Nach dem Kammergericht[406]) hat die Wasserpolizeibehörde hinsichtlich der Regelung des Gemeingebrauchs an den Wasserläufen erster Ordnung als besondere Polizei zu gelten. Sie sei den polizeilichen Zwecken nach unbeschränkt. Hieraus folge, daß sie innerhalb des ihr zugewiesenen Arbeitsgebietes auch die Aufgabe der allgemeinen Polizei zu erfüllen habe und daß in diesem Rahmen ein Betätigungsfeld für die allgemeine Polizei nicht gegeben sei: Man wird dieser unklaren Formulierung gegenüber vor allem festzuhalten haben, daß die (echten) Polizeibehörden,

---

sichtbar. Das Eigentum am Substrat besteht zwar weiter, aber der Eigentümer ist — selbst wenn er gleichzeitig Herr der öffentlichen Sache ist — weder an der Schaffung noch an einer späteren Einziehung, weder an der Zweckbestimmung noch am Gemeingebrauch beteiligt. Auch zur Ausübung eines Sondergebrauchs ist seine Einwilligung nach richtiger Ansicht nicht nötig. Vergleiche Mahler, S. 72.

402) s. o. S. 46 ff.

403) Sommer-Meister, Vorbemerkung zu Titel 3, S. 66.

404) Eymann, III 1565, Vergleiche BdWG § 107.

405) Hauptaufgaben der Wasserpolizeibehörde nach PrWG sind: Regelung der Entnahme von Materialien, § 19 III, Beschränkung und Untersagung der unzulässigen Benutzung eines Wasserlaufs, § 21, Genehmigung der Errichtung oder Veränderung von Anlagen im Wasserlauf, § 22, Prüfung

auch soweit die öffentlichen Wasserläufe in Frage kommen, in der Verfolgung ihrer Zwecke (Sicherheit und Sittlichkeit!) frei sind. Auch die Befugnisse, die der sog. Wasserbaupolizei zustehen, sind nur Befugnisse der Wasserverwaltung überhaupt[407]) — für das Wasserrecht bedeutsam ist die Frage, wann ein anderer als der Störer selbst mit polizeilichen Mitteln in Anspruch genommen werden kann: dies ist nach dem PrVG dann möglich, wenn eine polizeiliche Gefahr unmittelbar bevorsteht und durch andere Maßnahmen als den Eingriff in die Rechtssphäre des unbeteiligten Dritten nicht abgewendet werden kann; auch dann sei der Eingriff nur zulässig, wenn der Schaden, der durch ihn dem Dritten verursacht wird, zurücktritt hinter dem Schaden, der durch den Eingriff abgewendet werden soll[408]). Dem wird man hinzufügen dürfen, daß dann, wenn Gemeinschaftsbelange eine Inanspruchnahme des Nichtstörers erforderlich machen, der Nichtstörer ohne weiteres von der zuständigen Verwaltungsbehörde in Anspruch genommen werden kann[409]).

§ 18. Unterhaltung und Verkehrssicherung.

Die Unterhaltung der Wasserläufe ist die Erhaltung derselben in gebrauchsfähigem Zustand, der Ausbau die Besserung dieses Zustands[410]). Unterhaltung und Ausbau gehören ihrem Wesen nach zur Sachträgerschaft; derjenige Träger öffentlicher Verwaltung, der die öffentliche Anstalt leitet, ist natürlicher Weise auch derjenige, dem Unterhaltung und Ausbau obliegen. Die Landeswassergesetze sprechen vielfach von einer Unterhaltungspflicht des Staates[411]). Diese gesetzliche Ausdrucksweise und die zivilistisch-liberale Einstellung der Rechtslehre, die sich das Verhältnis des Staates auch den öffentlichen Wasserläufen gegenüber nur als Eigentum oder eigentumsähnliches Recht denken konnte, hatte die Folge, daß man in Verkennung des anstaltlichen Charakters der öffentlichen Wasserläufe eine staatliche Unterhaltungspflicht konstruierte, die dem Staat gegenüber den einzelnen Bürgern obliegen sollte, und deren Verletzung zu Schadensersatz verpflichtete. Die Abstellung auf den einzelnen und seinen Schutz bewirkte, daß auch dort, wo man die Nichtverwendbarkeit des bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriffs im öffentlichen Sachenrecht erkannte, unter Zuhilfenahme eines vermeintlichen „öffentlich-rechtlichen dinglichen Anspruchs" und einer „vertraglichen Gewährleistung" des Sachherrn eine Haftung desselben für den

---

der Zulässigkeit einer Einleitung von Wasser u. Abwässern § 23, Sorge für den Gemeingebrauch, §§ 27, 28, 29, 36, 39, Mitwirkung bei Erteilung und Zurücknahme der Verleihung, §§ 40, 69, 77, 87, 84, 85, Befugnisse bezüglich der Stauanlagen, Obliegenheiten im Interesse ordnungsgemäßer Unterhaltung von Wasserläufen, Mitwirkung beim Ausbau, bei der Begründung von Zwangsrechten, Heranziehung von Gemeinden zur Nothilfe bei Hochwassergefahr. Vergleiche §§ 342 PrWG u. Schül S. 32/33.

406) KG in Reger 45/435 ff.

407) Vergleiche Mahler, S. 74.

408) PrOVG 12, 401, 51, 420.

409) PrOVG 82/346.

410) Vergl. Schlegelberger HB, S. 882, SOVG 88, 319; 18, 305; 9/311.

Fall konstruiert wurde, daß der Benutzer durch den Gebrauch der öffentlichen Sache in seiner Person oder seiner Gesundheit einen Schaden erlitten hatte[412]). — An sich hätte es nahe gelegen, wenn man schon den Staat als Verwalter der öffentlichen Wasserläufe sich als Eigentümer dachte, die staatliche Unterhaltungspflicht auf die Lehre von der Polizeipflichtigkeit des Eigentums zu stützen. Zu dieser Konsequenz konnte sich aber das PrOVG, das die Lehre von der Polizeipflichtigkeit des Eigentums geschaffen, nicht entschließen. So sagt das PrOVG 68/281: Der Rechtssatz von der Verpflichtung des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeimäßigem Zustand finde seine Schranke in den für den einzelnen Anwendungsfall bestehenden sonderrechtlichen Bestimmungen. Sind durch diese die Verpflichtungen des Eigentümers abschließend geregelt, so können weitergehende Anforderungen aus dem allgemeinen Satz von der Verpflichtung des Eigentums nicht hergeleitet werden. Nach W. Jellinek[413]) gilt bei den Wasserläufen nicht der Satz des allgemeinen Polizeirechts, daß der Eigentümer für die Polizeimäßigkeit der ihm gehörigen Sachen einzustehen hat, denn der Sinn dieses Satzes sei, daß der Verfügungsberechtigte der Polizei gegenüber hafte die Verfügungsgewalt (Sperrung!) fehle aber hier. Nach dieser Auffassung wäre also der Staat an sich wohl geeignet, als Eigentümer der öffentlichen Wasserläufe für deren polizeimäßigen Zustand zu haften; nur weil er sie nicht „sperren" kann, bezw. weil sonderrechtliche Bestimmungen in den Wassergesetzen bestehen, findet die Polizeipflichtigkeitslehre keine Anwendung. Wo solche sonderrechtlichen Vorschriften fehlten, z. B. in WWG, könnte man also die Anschauung vertreten, der Neckar sei polizeiwidrig, wenn er Hochwasser führe, es sei Pflicht des Staates, solche Polizeiwidrigkeiten aus der Welt zu schaffen[414]).

Als Ersatz für die hier nicht anwendbare Lehre von der Polizeipflichtigkeit des Eigentums wurde von der liberalen Doktrin und Rechtsprechung ein anderes Institut erfunden, die staatliche Verkehrssicherungspflicht. Das Reichsgericht ging bezüglich der Wasserstraßen davon aus, „wer immer, sei es Staat, Gemeinde oder Privater, sich dem Publikum gegenüber zu einer Leistung, welche dessen Wohlfahrt fördern solle, verbunden und eine entsprechende Einrichtung getroffen habe, der sei fortan nicht mehr pflichtenlos, sein fehlerhaftes Handeln oder Unterlassen stelle die Übertretung jener Pflicht eine iniuria im Sinn des Aquilischen Gesetzes dar[415]). Geradezu drastisch treten die ideellen Voraussetzungen dieser Lehre, die auf der Gleichordnung der Staatsperson mit der Einzelperson beruht, in einem den nämlichen Grundsatz wie das Reichsgericht aussprechenden Urteil des OLG Kiel hervor: Der Eigentümer einer Anlage, die dem öffentlichen Verkehr frei-

411) Vergl. § 115 Ziff. 1 PrWG.
412) Mahler, S. 49, 50.
413) W. Jellinek, S. 507.
414) Vergleiche Hofacker, DWWV 1927, S. 14/15, sowie Hofacker StV 114, 115.
415) RG 54/57. Vergleiche Otto Mayer II, S. 541 Anm. 36.

gegeben sei, insbesondere der Staat, hafte, wenn eine Schadenszufügung vorliege „die sich bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitmenschen hätte vermeiden lassen“[416]): Das ist der liberale Staat: Eine Rechtsperson, zur Rücksichtnahme gegenüber „ihren Mitmenschen“ verpflichtet und schadensersatzpflichtig, wenn sie zu wenig Rücksicht nimmt. Das Reichsgericht hat seinen Grundsatz von der staatlichen Verkehrssicherungspflicht später noch präziser dahin formuliert, wer eine Straße zum öffentlichen Verkehr bestimme und einrichte, habe für die ordnungsmäßige und betriebssichere Herstellung und Instandhaltung der Straße und aller zu deren Benutzung bestimmten Einrichtungen zu sorgen und sei bei Verletzung dieser Pflichten schadensersatzpflichtig[417]). Den rein privatrechtlichen Charakter dem Staat auf Grund der Verkehrssicherungspflicht aufgebürdeten Pflichten betont RG 84/88: Die Maßnahmen, die der Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht dienen, stellen nicht eine Ausübung staatlichen Hoheitswillens dar, sondern sind Erfüllung der im Privatrecht begründeten Rechtspflichten. Neuestens hat das Reichsgericht eine gewisse Korrektur seiner Rechtsprechung vorgenommen[418]): Die Entscheidung über das Maß der der Natur zu gewährenden Nachhilfe habe die dazu berufene Behörde zu treffen. Sie bestimme in welcher Breite und Tiefe ein Wasserlauf schiffbar erhalten werden soll. Über diese Grenzen hinaus bestehe keine rechtliche Verpflichtung, die Schiffahrt zu sichern, Hindernisse im Fahrwasser bei Seite zu räumen. Kompromißcharakter trägt die Entscheidung des Hanseatischen OLG vom 13. Juni 1934[419]). Dieses Urteil geht im Sinn der bisherigen Gerichtspraxis davon aus, daß auch der Staat nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften grundsätzlich für den Schaden aufzukommen hat, welcher dem Benutzer einer von ihm dem öffentlichen Verkehr eröffneten Straße aus deren mangelhafter Anlage oder aus der Nichtbeseitigung von Verkehrshindernissen entsteht, nähert sich aber dann dem hier vertretenen Standpunkt, in dem es anerkennt, daß die objektive Leistungspflicht des Staates hinsichtlich der Anlage und Beschaffenheit seiner Straßen durch seine finanzielle Leistungsfähigkeit beschränkt ist und demgemäß die Relativität der Leistungspflicht des Staates für die Unterhaltung seiner öffentlichen Sachen, die nur im Rahmen der übrigen öffentlichen Aufgaben des Staates möglich sei, betont. Daß die Nichtbewilligung von Mitteln für die Unterhaltung öffentlicher Sachen durch den Gesetzgeber kein bürgerlich-rechtliches Verschulden des Staates sein kann, wird hervorgehoben. Das OLG entfernt sich schließlich weit von seinem Ausgangspunkt, wenn es feststellt, wer in Kenntnis einer bestehenden Gefahr die Gefahr auf sich nehme, könne nicht wegen seiner Gefährdung Ansprüche erheben[420].

---

416) OLG Kiel vom 30. 9. 1909 bei Eger EisenbEntsch. 26/18.

417) So RG 68/362; 106/342; 125/127. Bis zu welchen Konsequenzen das Reichsgericht ging, zeigt das Beispiel bei Otto Mayer II, 228.

418) RG in HöchstRRspr 1933/1844.

419) HansRGerZtschr. 1934. B Spalte 455.

420) Dies entspricht der Auffassung Hofackers, Verkehrssicherungspflicht

Hofacker ist den Versuchen, die Verwaltungsbehörden zu Quasiverbrechern und ihre Arbeit zu Quasidelikten zu verfälschen mehrfach, insbesondere in „Die Verkehrssicherungspflicht" entgegen getreten. Er hat auf die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Sachwidrigkeit und Rechtswidrigkeit in diesem Zusammenhang hingewiesen[421]) und betont, daß das Merkmal „widerrechtlich" in § 823 BGB bei jeder konkreten Handlung der Bejahung bedarf und daß bei Verwaltungshandlungen nach dem für sie geltenden Recht (z. B. dem Wasserrecht) beurteilt werden muß, ob eine Handlung widerrechtlich ist oder nicht[422]). Hofacker hat weiter klargestellt, daß die Verwaltung der Straßen, Wasserläufe etc. hoheitliche Aufgabe, Gemeinschaftsaufgabe ist, die nur im Rahmen der übrigen Staatsaufgaben und nach Maßgabe der gesetzlich im Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Mittel erledigt werden kann. Hieraus folgt, daß die Behörde, die unter Verletzung dieser Schranken einen Wasserlauf unterhalten würde, gesetzwidrig handeln würde, wenn sie auch für den Wasserlauf vielleicht besser sorgte, als eine gesetzmäßig handelnde Behörde[423]). Der reine Aufgabencharakter der staatlichen Unterhaltungspflicht an den öffentlichen Sachen wird besonders anschaulich aus einer württembergischen Bezirkssatzung[424]): Mit den für die Unterhaltung sowohl als den Bau der öffentlichen Straßen aufgestellten Normen ist kein Recht gegen die Amtskorporation im Ganzen oder auf einzelne Leistungen geschaffen, es stellt vielmehr damit die Amtsversammlung nur eine sich selbst gegebene Richtschnur auf, wonach sie die ihr vorliegenden Fragen des Neubaus und der Unterhaltung beurteilt. Auch Schlegelberger[425]) betont, daß es sich um eine Aufgabe und nicht um eine Verpflichtung handelt, soweit das Reich selbst Träger der Unterhaltung der öffentlichen Wasserläufe im Reichswassergesetz wird. Wenn selbstverständlich eine Gemeinde oder ein Privater verpflichtet ist, einen öffentlichen Wasserlauf zu unterhalten, so besteht für die Gemeinde oder den Dritten eine Rechtspflicht gegenüber dem Staat, aber daraus ergibt sich keinerlei Rechts-

---

S. 28: Das Wegewesen hat die Gefahren, die den Menschen von der Natur, den Tieren und den Mitmenschen drohten, abgeschwächt, aber nicht beseitigt und neue Gefahrenursachen geschaffen, die Straßenverwaltung bietet keine rechtliche Gewähr auf Verkehrssicherheit. — Wenn das OLG solchen Gedankengängen sich nicht verschließen konnte, brauchte es aber doch nicht von der überlebten „an sich bestehenden" staatlichen Verkehrssicherungspflicht auszugehen!

421) Hofacker, a. a. O. S. 27.

422) Die Ausweitung des Begriffs der Schutzgesetze im Sinn des § 823 II BGB, der wir hier begegnen, hatte ihren politischen Grund in der liberalen Vorstellung, die Gesamtheit bilde die Summe der einzelnen, nicht eine vom einzelnen wesensverschiedene Ganzheit; von hier aus konnte man leicht zu der Konstruktion kommen, alle Gesetze, die die Gesamtheit schützen, schützen auch den einzelnen. So sind die Betrachtungen über die Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht auch ein Beispiel der verheerenden Folgen eines Denkens ohne Gemeinschaft. Vgl. Hofacker, Der Einzelne, S. 5 ff StV S. 112.

423) Hofacker, Verkehrssicherungspflicht,S . 42.

424) a. a. O. S. 43.

425) Schlegelberger, HB S. 882.

pflicht gegenüber einem Dritten, dem Benutzer etc. des Wasserlaufs. Ebenso besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Erfüllung der Unterhaltungspflicht seitens der damit betrauten Behörden ihren vorgesetzten Dienststellen gegenüber, aber auch daraus ergibt sich keine „Amtspflicht gegenüber einem anderen" nach § 839 BGB[426]). Eine staatliche Entschädigungspflicht für Schäden, die der einzelne Volksgenosse durch die Benützung öffentlicher Sachen erfährt, ist also nur möglich, soweit z. B. das Wasserrecht selbst einen solchen Anspruch des einzelnen anerkennt[427]). Im Zweifel widerspricht es der inneren Ordnung des Rechtsgebildes öffentliche Anstalt, derartigen Entschädigungsansprüchen Raum zu geben.

§ 19. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wasserläufen.

Der öffentliche Wasserlauf ist eine öffentliche Sache mit individueller Nutzungsmöglichkeit, d. h. die Schöpfung des öffentlichen Wasserlaufs ist mit einem Mantelrechtsakt verbunden, in dem bereits der allgemeine Inhalt der künftigen Nutzungsrechtsverhältnisse vorweg genommen ist. Um ein bestimmtes Nutzungsrechtsverhältnis zum Entstehen zu bringen, bedarf es nur noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bezugnahme auf diesen bereits geformten Inhalt. Der Inhalt des Mantelrechtsaktes ergibt sich aus den Bestimmungen der Wassergesetze und den auf Grund dieser Bestimmungen ergangenen Wasserbenützungsordnungen, Schiffahrtsordnungen, Flößereiordnung etc. Gemeingebrauch ist dabei die Benutzungsform, bei der eine besondere Konkretisierung der Bestimmungen des Mantelrechtsaktes für den Einzelfall nicht mehr notwendig ist. Was sich im einzelnen als Gemeingebrauch am Wasserlauf darstellt, ist positiv rechtlich verschieden, es haben sich aber doch gewisse gemeinsame Grundzüge herausgebildet. So wird im allgemeinen zum Gemeingebrauch gerechnet der Gebrauch der öffentlichen Wasserläufe zum Waschen und Baden, zum Tränken und Schwemmen, zum Schöpfen, zum Einlegen von Flachs und Hanf u. dgl., zur Durchfahrt und Viehtrift, zur Nachenfahrt und als Eisbahn (wobei zur Nachenfahrt auch das Faltbootfahren gehört), zur Entnahme von Eis und Wasser für den Bedarf der Haus- und Landwirtschaft sowie zur Einleitung von Tagewasser[428]). Ausscheiden wird man den mit besonderen Vorrichtungen vorgenommenen Gebrauch müssen; dieser gehört regelmäßig zum Sondergebrauch, der die gleiche Benutzung durch andere ausschließt, ein Gebrauch, der den Wasserlauf, die Beschaffenheit des Wassers oder die Ufer gefährdet. Der Gemeingebrauch unterliegt der Aufsicht der Wasserbehörde; sie kann ihn im Einzelfall regeln und beschränken; auch die Sicherheitspolizei kann, soweit es die Wahrung ihrer Aufgaben (Sicherheit, Sittlichkeit) erfordert, einschrei-

426) Ebenso Eymann II, 1210, nach dem es sich bei der Unterhaltung der öffentlichen Gewässer um eine sog. Regiminalaufgabe handelt.

427) Vergleiche Kisch, S. 679, 680.

428) In Werkskanälen wird es zweckmäßig sein, einen über das Schöpfen hinausgehenden Gebrauch als Gemeingebrauch nicht zuzulassen. Vergleiche § 8 III ÖWG.

ten[429]). Unzulässig war das Vorgehen der Polizei in folgendem interessanten Fall: Die Stadt M. erbaute ein großes Sommerbad außerhalb des Flußlaufs der Lahn. Am Tage, nachdem es in Betrieb genommen war, erging eine Verordnung der Ortspolizeibehörde (Bürgermeister!), welche das freie Baden in der Lahn im Gesamtbereich der Stadt M. bei Strafe verbot mit dem ausdrücklichen Hinweis „Nachdem das städtische Sommerbad eröffnet ist ... usw." Gerber[430]) bemerkt hierzu mit Recht, daß in diesem Fall ein Mißbrauch der Polizeigewalt zur Stärkung der Ergiebigkeit einer kommunalen Anstalt vorliegt.

Die gesetzliche Regelung des Gemeingebrauchs schafft für den einzelnen nur eine Art „Institutionelle Garantie", d. h. die polizeiliche Beschränkung darf einer völligen Aufhebung des Gemeingebrauchs nicht gleichkommen, es muß der Gemeingebrauch als Einrichtung erhalten bleiben, er könnte nur durch die den mit der Widmung verbundenen Mantelrechtsakt erlassende Führungs- oder Durchführungsstelle aufgehoben werden, nicht aber durch die mit der Anstaltsleitung betraute Verwaltungsbehörde[431]).

Der Umfang des Gemeingebrauchs ist mit Sommer-Meister[432]) dahin zu begrenzen, daß der einzelne den Gemeingebrauch zwar für seine persönlichen Zwecke, auch für Zwecke seines Erwerbes ausüben darf, daß er aber nicht aus der Möglichkeit des Gemeingebrauchs sich einen selbständigen Erwerb schaffen darf, da dies mit der Rechtsnatur des Gemeingebrauchs, der gleichmäßig ein Allgemeingut zur Verfügung stellen will, unvereinbar wäre.

Oben[433]) wurde die Regel aufgestellt, daß der Gemeingebrauch dem Sondergebrauch als der intensiveren und volkswirtschaftlich wertvolleren Nutzungsform grundsätzlich zu weichen habe. Dies steht im Gegensatz zu dem, die herrschende Lehre wiedergebenden Satz Fleiners, die neueren Gesetze gingen von dem Satz aus, daß durch keine Art der Wasserbenutzung der Gemeingebrauch wesentlich beeinträchtigt oder gar aufgehoben werden dürfte. Selbst wenn eine derartige gesetzliche Regelung durchgehend feststellbar wäre, — was keineswegs der Fall ist — so würde unser Grundsatz

---

429) Eine Anzahl von Beispielen für die Regelung des Gemeingebrauchs durch die Wasserbehörde geben Sommer-Meister S. 25, 26. Vergleiche § 25, 37, 39 PrWG, Holtz-Kreutz, S. 222 ff, § 22 SWG, Art. 16, 19 WWG.

430) VDStL VI/154.

431) ObstLG in Reger 52/110 ff: Selbst wenn man die Ansicht vertreten wollte, daß die durch Art. 26 I 2 zugelassene polizeiliche Beschränkung nicht einer völligen Aufhebung des GG gleichkommen dürfe, so stellt das Baden in einem öffentlichen Gewässer doch nur eine der mancherlei Arten des GG dar. Auch ein völlig ausnahmsloses Verbot des Freibadens in einem öffentlichen Gewässer wäre daher noch nicht gleichbedeutend mit einer vollständigen Aufhebung des GG an diesem Gewässer S. 111. Eymann 12 zu Art. 26. Die zur Regelung oder Beschränkung der Ausübung des GG statthaften polizeilichen Vorschriften sind an keine anderen Rücksichten gebunden als an diejenigen der wirtschaftlichen u. polizeilichen Zweckmäßigkeit. Auch Verbote im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit sind hiernach statthaft. S. 112.

432) Sommer-Meister zu § 13 ThWG.

433) Siehe oben S. 43.

doch der praktisch anzuwendende sein, da die Gesetze heute im nationalsozialistischen Geist auszulegen sind und demgemäß die für die Gemeinschaft wertvollere Nutzungsform stets vor der minder wertvollen Nutzungsform den Vorrang haben muß[434]).

Der Gemeingebrauch gibt kein Recht, fremde Grundstücke zu betreten. Es ist vielmehr entweder ein öffentlicher Weg oder ein privates dingliches Recht oder eine persönliche Einwilligung des Grundstücksberechtigten notwendig, wenn ein Dritter den Gemeingebrauch ausüben will[435]). Der Gemeingebrauch gewährt kein subjektives öffentliches oder privates Recht, wohl aber bindet die gesetzliche Regelung des Gemeingebrauchs als objektives Recht die Behörde und der Staatsbürger kann, wenn die Behörde das Gesetz bei der Regelung des Gemeingebrauchs verletzt, sich mit Erfolg dagegen wenden[436]).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die im Mantelrechtsakt als Gemeingebrauch aufgezählten Benutzungsarten erschöpfend sind und die Anstaltsleitung nicht ermächtigt ist, andere als die dort zugelassenen Nutzungen zu dulden[437]). Daß Gemeingebrauch überall dort schon begrifflich ausgeschlossen ist, wo ein individuelles Herantreten des Benutzers an die Anstaltsleitung zur Bestimmung des Inhalts des konkreten Nutzungsverhältnisses nötig wäre, ergibt sich schon aus der Definition des Gemeingebrauchs als Nutzungsform mit genereller, nicht individueller Inhaltsprägung. Seit alters gehört zum Begriff des Gemeingebrauchs auch das Merkmal der Unschädlichkeit (usus innoxius). Mahler[438]) weist für die öffentlichen Wege mit Recht darauf hin, daß es für den Begriff der Unschädlichkeit nicht darauf ankommt, ob eine Benutzung tatsächlich im Einzelfall schädlich ist, sondern darauf, ob die Benutzungsart, zu welcher dieser eine Fall gehört, unschädlich ist oder nicht, und ob die Benutzung eine erhebliche Schädigung für die übrige Benutzung sowie für das Substrat und die damit verbundenen Anlagen bedeutet[439]).

Bestritten ist, ob die Wasserbehörde auch der Benutzung eines Wasserlaufs im Privatinteresse entgegentreten darf, oder ob sie nur im öffentlichen Interesse vorgehen kann[440]). Diese schroffe Gegenüberstellung des öffentlichen und des privaten Interesses entspringt liberalistischem Denken, es ist

---

434) Ebenso Sievers, Fischers Ztschr. 71, S. 25 u. Hofacker StV S. 126. Vergleiche auch PrWG § 57.

435) Vergleiche Eymann II/764 u. Holtz-Kreutz S. 221, 222, sowie § 38 PrWG. Ein Notwegerecht zum öffentlichen Wasserlauf nach Art. des § 917 BGB gibt es nicht. Fleiner, Institutionen, S. 374.

436) Vergleiche § 14 III ThWG, Sommer-Meister zu § 13.

437) Unrichtig und unklar SOVG in Reger 52/475.

438) Mahler, S. 87.

439) Der Gesichtspunkt der Erheblichkeit muß berücksichtigt werden, weil schließlich jede Benutzung irgendwie eine andere Benutzung behindert. Dies ist insbesondere für die Schiffahrt etc. wichtig, wo der Ausgleich dann durch entsprechende Verkehrsteilungsvorschriften getroffen werden muß.

440) Holtz-Kreutz S. 138 ff.

das Korrelat der Gegenüberstellung Staatsperson — Einzelperson als zweier wesensfremder Mächte. Bei gemeinschaftsmäßigem Denken ist klar, daß die Wasserbehörde die Aufgabe hat, das in der öffentlichen Anstalt gegebene Gemeinschaftsgut zu wahren und daß die Wasserbehörde nur dann tätig werden soll, wenn es im Interesse der Gemeinschaft notwendig ist[441]). Ob ein solches Gemeinschaftsinteresse gegeben ist, entscheidet die Wasserbehörde nach freiem Ermessen. Damit ist auch die Frage, ob die Wasserpolizeibehörde einschreiten muß, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, geklärt[442]). Als Grundsatz ist weiter festzuhalten: Keine Art der Wassernutzung darf die Volksgemeinschaft schädigen; da die Volksgemeinschaft wesentlich mit auf dem Frieden des Zusammenlebens beruht, können auch solche Wassernutzungen nicht zugelassen werden, die einzelne so erheblich schädigen könnten, daß dadurch der Gemeinschaftsfriede gestört würde[443]).

In der Literatur[444]) spielt zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch die Figur des sog. „gesteigerten Gemeingebrauchs" eine Rolle; sachlich ist damit meist dasselbe gemeint, wie mit der sonst als Mittelglied genannten Gebrauchserlaubnis. Auf das vollkommen Verfehlte der Bezeichnung „gesteigerter Gemeingebrauch" hat insbesondere Almsick hingewiesen, der darlegt, dieser Ausdruck sei wegen der Exklusivität jeden Sondergebrauchs eine contradictio in adiecto; das Gleiche gelte bezüglich der von Gierke (DPR II 27) gewählten Bezeichnung „Vorzugsrecht"[445]). Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Gebrauchserlaubnis und Gemeingebrauch sieht Almsick richtig darin, daß der Gemeingebrauch auf Grund eines generellen Aktes (Widmung) erfolge, während die Sondernutzung auf Grund eines speziellen Erlaubnisaktes ausgeübt werde (S. 10). — Daß allerdings auch dieser spezielle Erlaubnisakt wie der generelle Akt auf den mit der Widmung verbundenen Mantelrechtsakt zurückgeht und nur die individuelle Inhaltsprägung im Rahmen des vom Mantelrechtsakt abgesteckten Bereichs ist, übersieht er ebenso wie die Tatsache, daß dann, wenn man das Wesentliche der Gebrauchserlaubnis in der Spezialität des Erlaubnisaktes sieht, doch jeder wesentliche Unterschied gegenüber der „Verleihung" entfällt. — Auch Herrnritt stellt zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch Zwischenformen und zwar in der Weise, daß er den Sondergebrauch in ein Sonderbenutzungsrecht und den gesteigerten Gemeingebrauch zerlegt. Der gesteigerte Gemeingebrauch geht nach ihm nicht über den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache hinaus, während das Sonderbenutzungsrecht in einer Inanspruchnahme der öffentlichen Sache bestehe, die weder im allgemeinen noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten sei[446]): Auch auf diese Gliederung der Be-

441) Ebenso PrOVG 81/286 vgl. 87/361.
442) Holtz-Kreutz bejahen dies bei unerlaubter Benutzung, die den öffentlichen Interessen widerspricht und bei Verletzung erheblicher Privatinteressen (zu § 21).
443) Vergleiche SOVG in DVBl 1935/40.
444) Vergleiche Otto Mayer II S. 117 A 6.
445) Almsick, Anm. 35.
446) Herrnritt, Grundlehren, S. 389/90. S. 276.

nutzungsformen ist wegen der Verwendung des gesteigerten Gemeingebrauchs der Vorwurf Almsicks von der contractio in adiecto zutreffend; im übrigen ist auch nicht ersichtlich, warum der gesteigerte Gemeingebrauch, wenn er schon einmal als Gemeingebrauch bezeichnet werden soll, seinem Wesen nach kein Gemeingebrauch, sondern ein Sondergebrauch sein soll[447]). In die Mittelstellung zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch werden gerne gerechnet: Entnahme von Sand, Kies, Eis etc., Einlegung von Häuten mittels bleibender Vorrichtungen, Einlegung von Fischbehältern, Herstellung einfacher Bade- und Waschvorrichtungen, Einführung von Schutt, Herstellung von Brücken, von Bauten in oder über dem Bette öffentlicher Gewässer, soweit sie nicht Bestandteile einer Wasserbenützungsanlage sind, Fähren, Einleitung von Flüssigkeiten: Man wird hier unterscheiden müssen, ob es sich im Einzelfall um individuell oder generell bestimmte Nutzungsverhältnisse handelt und darnach die Benutzungsart jeweils dem Gemeingebrauch oder dem Sondergebrauch zuweisen.

§ 20. Der Sondergebrauch an öffentlichen Wasserläufen.

Beim Sondergebrauch handelt es sich wie beim Gemeingebrauch um ein Nutzungsrechtsverhältnis zwischen dem Benutzer und der Anstaltsleitung aber mit dem Unterschied, daß beim Sondergebrauch eine individuelle und auf einen bestimmten Benutzer beschränkte Inhaltsprägung des Nutzungsrechtsverhältnisses stattfindet, während beim Gemeingebrauch nur eine generelle Festlegung des Inhalts im Mantelrechtsakt nötig war. So ist beim Sondergebrauch genau der Ort, das Maß und die Art der Wasserbenutzung zu bestimmen; es können bestimmte Bedingungen und Auflagen festgelegt werden; es kann, soweit dies notwendig erscheint, die Leistung einer angemessenen Sicherstellung für die Erfüllung der Bedingungen, unter denen die Bewilligung erteilt wurde, dem Antragsteller auferlegt werden, ebenso eine Sicherstellung für die ordnungsmäßige Erhaltung und eventuelle spätere Beseitigung der Wasserbenutzungsanlage. Weiter werden Bestimmungen über die Dauer des bewilligten Sondergebrauchs, über die Fristen für den Anfang der Bauarbeiten und die Eröffnung des Betriebes, über das Recht des Heimfalls oder des Rückkaufs der Anlage zu Gunsten des bewilligenden Staates zu treffen sein; eventuell auch Bestimmungen über die Verwendung einer nutzbar gemachten Wasserkraft, den Ausweis eines genügenden Baukapitals, Beteiligung des bewilligenden Staates an der Verwaltung und am Gewinn des Unternehmens, das den Sondergebrauch ausübt; sowie Bestimmungen über die Tarife für die Abgabe einer auf Grund des Sondergebrauchs erzeugten Kraft, über die Herabsetzung der Strompreise bei erhöhtem Gewinn des Unternehmens, über die Beteiligung des Unternehmens an der Unterhaltung und Korrektion des Gewässers[448]).

---

447) Vergleiche Maunz, a. a. O. S. 277.

448) Vergleiche § 59, 72, 73 PrWG; § 93 ÖWG; Art. 54, 55 SchwWG; Art. 35 ff WWG. Vergleiche auch § 11 ÖWG.

Immer handelt es sich bei der Erteilung eines Sondergebrauchs um einen Verwaltungsakt, um einstige Inhaltsgestaltung des Nutzungsrechtsverhältnisses, um einen staatlichen Akt, der „befehlsmäßige Züge"[449]) trägt, nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag[450]); dies hindert nicht, daß im entstandenen Nutzungsrechtsverhältnis Mitarbeiterverhältnisse und deshalb auch subjektive öffentliche Rechte des Benutzers gegen die Anstaltsleitung bestehen[451]).

Die Unmöglichkeit, für die Einreihung einer Wasserbenutzungsart unter Gemeingebrauch oder Sondergebrauch brauchbare Kriterien aus dem Inhalt der einzelnen Nutzungsrechtsverhältnisse herauszufinden, zeigt Köttgen[452]) an dem Beispiel der Kiesentnahme, die begrifflich sowohl unter Gemeingebrauch wie unter gesteigertem Gemeingebrauch wie unter Konzession gebracht werden könne, sowie an dem Beispiel der Wasserkraftnutzung, die an sich unter gesteigerten Gemeingebrauch fallen würde, in Wirklichkeit aber stets konzessionspflichtig sei. Es kann deshalb nicht auf diesen Inhalt, sondern lediglich darauf ankommen, in welcher Form der Benutzer in das Nutzungsrechtsverhältnis mit der Anstaltsleitung eintritt. Dies führt zu unserer Unterscheidung eines Gebrauchs mit individueller und genereller Inhaltsprägung des Nutzungsrechtsverhältnisses.

Für den Fall einer Konkurrenz mehrerer Sondergebrauchsanträge wird man als Regel aufstellen können, daß demjenigen Bewerber der Vorzug gebührt, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in größerem Maße dient; stehen die einzelnen Bewerber darin einander gleich, so gebührt demjenigen der Vorzug, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Ausnützung des Gewässers am besten gesorgt ist[453]).

Als überflüssige behördliche Bevormundung muß es bezeichnet werden, wenn ein Wasserbenutzer, der den Zweck seiner Anlage ändert, ohne die Wasserbenutzung selbst zu ändern, neuerdings um die behördliche Bewilligung nachsuchen muß[454]). Dagegen macht jede Änderung der Wasserbenutzung selbst ein neues Bewilligungsverfahren notwendig. Bei Vornahme einer wesentlichen Änderung der Lage oder Beschaffenheit einer Wasserbenutzungsanlage tritt auch eine seiner Zeit unwiderruflich erteilte Bewilligung nicht nur für den wesentlich geänderten Teil der Anlage, sondern für die Anlage in ihrer Gesamtheit außer Kraft[455]). Bei Wasserkraftanlagen ist es bereits bei völliger Gleiche des Nutzeffektes eine Änderung, wenn ein Wasserrad durch eine Turbine ersetzt werden soll. Auch Anlagen, die durch eine gewerbepolizeiliche Genehmigung gedeckt sind[456], sind Bestandteile,

449) Koellreutter, Staatslehre, S. 238.
450) Apelt, Fischers Ztschr. 46.
451) siehe oben S. 28.
452) Söttgen, Hauptprobleme, S.
453) Vergleiche PrWG § 61, WWG Art. 34 SchwWG, Art. 41, ÖWG §
454) Vergleiche Eymann II, S. 972, 973; SWG § 30, 46.
455) BVGH 36/62.
456) Siehe unten S. 86 ff.

die bei Änderungen eine neue wasserrechtliche Bewilligung erfordern. Bei Abwassereinleitung ist der Übergang von einem Klärverfahren zu einem anderen zweifellos eine Änderung[457]).

Zu beachten ist, daß die Bewilligung eines Staurechtes nicht das Recht auf einen bestimmten Wasserzufluß enthält, sondern nur die Befugnis, das Wasser, wie es zufließt, bis zu einer bestimmten Höhe aufzustauen[458]). Ebenso begründet die Bewilligung einer Sand-, Kies- etc. Entnahme kein Recht darauf, daß der Wasserlauf in einer für die Gewinnung vorteilhaften Weise erhalten und unterhalten wird; es besteht also kein Recht auf Anfall von Kies, Sand etc.[460]).

Eine klare Scheidung der Nutzungsformen an den öffentlichen Wasserläufen in Gemeingebrauch und Sondergebrauch enthält vor allem das österreichische Wasserrecht, nach dem jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung der öffentlichen Gewässer einer Bewilligung der Wasserrechtsbehörde bedarf (§ 9 ÖWG) Im ÖWG gibt es nur zwei Nutzungsformen, den Gemeingebrauch kraft Gesetzes und den Sondergebrauch kraft Bewilligung der Verwaltungsbehörde. Im Gegensatz dazu unterscheidet auch noch das modernste deutsche Wassergesetz, das thüringische von 1932, zwischen Gemeingebrauch (§ 13 ff), Gebrauch kraft Erlaubnis (§ 15 ff) und Gebrauch kraft Verleihung (§ 21 ff). Für jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung eines öffentlichen Gewässers ist nach ThWG eine widerrufliche Erlaubnis nötig, die versagt werden muß, wenn eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis[461]) erforderlich ist oder wenn wegen des Eintritts in entgegenstehende Rechte (Eigentums- oder Wasserbenutzungsrechte) die Enteignung erforderlich ist oder wenn Rechte oder Interessen der Allgemeinheit oder einzelner in einem solchen Ausmaß berührt werden, daß die Regelung im Verleihungsverfahren erfolgen muß. Die Erlaubnis soll dem Antragsteller kein subjektives Recht, sondern lediglich eine sog. Vergünstigung gewähren[462]). Deshalb sei es selbstverständlich, daß sie vor Rechten zu weichen habe[463]); aus der Erlaubnis erwächst hier also keinerlei Verteidigung gegen einen auf Grund eines Rechts erhobenen Untersagungsanspruch, die Erlaubnis hat keine Rechtswirkung „nach außen", sie ist aber intern im Verhältnis von Anstaltsleitung und Anstaltsnutzer zweifellos rechtsbegründender Natur: Dem Antragsteller wird die Befugnis verschafft, eine Anstaltsnutzung

457) Vergleiche Sommer-Meister S. 36 A IV. Für die Abwassereinleitung folgt allgemein aus der dem Rechtsgebilde öffentliche Anstalt eigenen mit einer Schädigung der menschlichen Gesundheit, als einem der wertvollsten Gemeinschaftsgüter, verbunden sein darf, auch wenn wirtschaftliche Vorteile durch eine solche Einleitung zu erwarten wäre. Ebenso DWWV 1927/S. 24.
459) PrOVG in PrVBl 51/139[3].
460) Hofacker, a. a. O. S. 19.
461) siehe unten S.
462) Sommer-Meister S. 29 A 6.
463) a. a. O.
464) siehe oben S. 33, 36, 37.
465) Sommer-Meister S. 30 A 2.

vorzunehmen; es tritt ein Mitarbeiterverhältnis zwischen dem Benutzer und der Anstaltsleitung ein und demgemäß, entsprechend dem Rechtsgebilde des Anstaltsmitarbeiters[464]), auch ein subjektives öffentliches Recht des Benutzers gegenüber der Anstaltsleitung. Daß dieses Recht stets und frei widerruflich ist (§ 16 I ThWG) steht dem nicht entgegen; denn auch ein widerrufliches Recht ist ein Recht[465]). Das Fehlen eines inneren Unterschieds zwischen Erlaubnis und Verleihung wird auch daraus ersichtlich, daß der Inhaber einer Erlaubnis jederzeit den Antrag auf Verleihung stellen kann; sobald ein solcher Antrag bei der Wasserbehörde eingegangen ist, ist die Erlaubnis unwiderruflich geworden[466]).

Eine besondere Unklarheit ergibt sich im thüringischen Wasserrecht dadurch, daß — wie im preußischen — für die aus der Verleihung sich ergebenden Rechte die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts entsprechend anzuwenden sind (§ 21 ThWG). Es ist nach Sommer-Meister (S. 35 A 2) dabei insbesondere an die Anwendung der §§ 1004, 823 I BGB gedacht. Die wesentliche Befugnis des Eigentums nach BGB ist aber doch die, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen zu können. Dieses Hauptmerkmal paßt nicht zu dem Rechtsgebilde der öffentlichen Anstalt, dem die Anstaltsgemeinschaft, in der sämtliche Benutzer stehen, wesentlich ist. Selbst das richtig verstandene Eigentum als relative Herrschaft des einen gegenüber einem anderen kann hier nicht sinnvoll verwandt werden. Es begegnet auch logischen Schwierigkeiten, Ansprüche, die sich aus einem nur im Rahmen des BGB sinnvollen Rechtsinstitut ergeben, auf ein subjektives öffentliches Recht für anwendbar zu erklären, also auf ein Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft (bezw. zu der die Gemeinschaft vertretenden Anstaltsleitung). Rechtsfolgen, die sich an eine Sachherrschaft und an eine Herrschaft des einen gegenüber einem anderen knüpfen, können keine guten Dienste dort leisten, wo weder eine Sache noch „ein anderer" in Frage kommt. — Daß die Regelung des § 21 ThWG gerade die Anwendbarkeit der §§ 1004, 823 BGB ermöglichen soll, legt den Verdacht nahe, daß die Vorstellung, mit dem verliehenen Recht ein „dingliches" oder „absolutes" Recht schaffen zu wollen der tiefere Grund dieser Regelung war. Sommer-Meister (S. 35 A 2) erklären in der Tat, das verliehene Recht sei ein absolutes Recht. Der Begriff der Absolutheit oder Dinglichkeit spielt im Nutzungsrechtsverhältnis der öffentlichen Sache eine große Rolle. Maunz sagt[467]), da das Nutzungsrechtsverhältnis nicht auf die Begründung einer Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung gerichtet sei, sondern diese Handlung selbst darstelle, sei das Rechtsverhältnis ein dingliches in einem besonderen Sinn. Köttgen[468]) will das subjektive öffentliche Recht auf Wasserbenutzung unter die dinglichen Rechte einreihen; diese seien aber nicht mit der Kate-

466) Über die Verleihung nach ThWG vergleiche Sommer-Meister S. 35. Vergleiche dazu auch OOtto Mayer II, S. 188 A 13.
467) Maunz, Hauptprobleme, S. 227. Vergleiche Mahler S. 49, 50.
468) Köttgen, Hauptprobleme, S.

gorie der dinglichen Rechte im BGB identisch. Nach W. Müller[469]) wird aus § 81 Satz 2 PrWG fast allgemein geschlossen, daß die Verleihung ein dingliches Recht an dem Wasserlaufsgrundstück begründe, auf welchem die Benutzung unmittelbar ausgeübt werden. Auch der Reichsfinanzminister unterschied in dem Erlaß III v 220 vom 15. I. 1927 betreffend die Bewertung von Wassernutzungsrechten zwischen subjektiv dinglichen und subjektiv persönlichen Nutzungsrechten. Persönliche seien solche, die einer Person schlechthin ohne Bindung an ein Grundstück zustünden, dingliche solche, die auf Grund einer Verleihung für ein Grundstück dem jeweiligen Eigentümer desselben zustünden. Zu diesem Erlaß bemerkt Hofacker[470]) mit Recht, die Einräumung eines Wassernutzungsrechtes erfolge für eine bestimmte Anlage zu einem bestimmten Zweck in einem bestimmten Umfang. In der Absteckung dieser Grenzen sei die Person des Berechtigten gewöhnlich belanglos; weil nun im Privatrecht gewisse Rechte von bestimmten Personen losgelöst seien und als dingliche Rechte sich von persönlichen unterscheiden ließen, habe man auch in den Wassernutzungsrechten dingliche Rechte gesehen. Das Recht werde aber überall für ein Unternehmen, nicht für ein Grundstück oder eine Person erteilt. Die Unterscheidung des Reichsfinanzministers ist auch unlogisch, denn dinglich (an ein Grundstück gebunden) und persönlich (an eine Person gebunden) ist kein kontradiktorischer, sondern nur ein konträrer Gegensatz, dazwischen stehen die an ein Unternehmen gebundenen Rechte[471]). Zur Möglichkeit öffentlicher dinglicher Rechte bemerkt der PrOVG[472]) mit Recht: Die Ansprüche, die das öffentliche Recht anerkennt, mögen je nach ihrem Charakter sich bald mehr den dinglichen Rechten, bald mehr den persönlichen Ansprüchen des Privatrechts nähern, sie lassen sich aber keiner von beiden Kategorien in der Weise unterordnen, daß sie lediglich nach dem für diese maßgebenden Grundsätzen beurteilt werden könnten.

Das SWG unterscheidet zwischen Gemeingebrauch und besonderer Benutzung. Die besondere Benutzung wird nach der herrschenden Lehre auf Grund einer Polizeierlaubnis im juristisch-technischen Sinn bewilligt. Andererseits sagt Schelcher[473]), insoweit sie dem einzelnen Sicherheit gegen polizeiliche Eingriffe gebe, gewähre diese Erlaubnis ein subjektives öffentliches

469) W. Müller, Fischers Ztschr. 63, 199, 200. Nach Müller selbst ist es bei der Verleihung wie sonst beim Wasserlauf Eigentum: Der Eigentümer ist zur Ausschließung Anderer berechtigt, nicht aus dem dinglichen Recht an seinem Grundstück, sondern aus einer Legalservitut am Nachbargrundstück. Durch die Verleihung werde das Eigentum dessen belastet, der durch das Unternehmen beeinträchtigt werde. Jede Verleihung enteigne (s. u. S. 84), vergleiche Lenhard-Reichau, § 1196 BGB.

170) Hofacker, DWWV 1927, S. 37.

471) Hofacker, a. a. A. S. 25, 27.

472) PrOVG in PrVBl 17/437 ff. Vergleiche hierzu Friedrichs in ArchÖff-Recht N. F. 1/322. Vergleiche auch § 23 ÖWG „persönliche oder dingliche Gebundenheit der Wasserbenutzungsrechte". Die Unklarheit des Begriffs des dinglichen Rechts zeigt sich z. B. bei Otto Mayer, I/113 siehe dazu auch Maunz, Hauptprobleme, S. 46.

Recht, welches vererblich und veräußerlich sei, und nur nach Maßgabe des Gesetzes aufgehoben werden könne. Da auch nach SWG der Anlieger vor der Erteilung der Erlaubnis keine, auch keine privatrechtliche Befugnis hat, den öffentlichen Wasserlauf zu benutzen, eine solche Befugnis vielmehr erst durch die Erlaubnis erlangt, wird man auch diese Erlaubnis als rechtsbegründenden Akt ansprechen müssen[474]).

In Gemäßheit der oben[475]) herausgearbeiteten Leitsätze über den Sondergebrauch an öffentlichen Sachen sei zum Sondergebrauch an öffentlichen Wasserläufen folgendes betont.

1. Die Einräumung eines Sondergebrauchs ist freie Ermessenssache der Anstaltsleitung[476]). Die Tragweite der schöpferischen Kraft des freien Ermessens der Verwaltungsbehörden betont mit Recht Hofacker[477]). Sie wird besonders anschaulich an dem Fall der Stuttgarter Abwasseranlage, in dem das Württembergische Innenministerium ohne „besondere gesetzliche Grundlage" nach Abwägung der in Frage kommenden Interessen der Stadtgemeinde Stuttgart eine Geldentschädigung von 110 000 Mark auferlegte. — Wenn auch ein Recht auf Bewilligung eines Sondergebrauchs verneint werden muß, so wird man doch dem einzelnen Antragsteller einen Anspruch darauf, daß über seinen Antrag in dem gesetzlich geordneten Verfahren verhandelt und entschieden wird, zubilligen müssen[478]).

2. Aus dem Vorherrschen des freien Ermessens bei der Bewilligung eines Sondergebrauchs an öffentlichen Wasserläufen sowie aus der einseitigen Inhaltprägung des Nutzungsrechtsverhältnisses im Fall eines Sondergebrauchs ergibt sich die Forderung, daß die Anstaltsleitung jeden konkreten Sondergebrauch nach den Bedürfnissen des Einzelfalles zu gestalten hat, daß sie insbesondere Auflagen und Bedingungen festsetzen kann. Mit Hilfe der Bedingungen und Auflagen[479]) kann sich die Behörde die Sachlage schaffen, bei der sie von ihrem Ermessen zu Gunsten eines Beteiligten Gebrauch ma-

---

473) Schelcher, SWG zu § 23.

474) Die Wirkung der Verleihung ist nach den einzelnen Wassergesetzen verschieden: In Preußen schützt die Verleihung gegen all beeinträchtigten Rechte, gibt aber kein Recht zu Eingriffen in das Eigentum an Landgrundstücken. Die Württembergische und die Badische Verleihung schützen nicht gegen Ansprüche aus der Beeinträchtigung von Eigentums- oder Wasserbenutzungsrechten (Zwangsrechte u. U. als Ersatz) in Thüringen (s. o. S.) wird die Regelung der Beziehungen des verliehenen Rechtes zu anderen Rechten in ein gleichzeitig vorzunehmendes Enteignungsverfahren verlegt.

47) siehe oben S. 43 ff.

476) Auch für das PrWG (vergl. insbesondere § 47) verneint Laue (S. 46) einen im ordentlichen Rechtsweg oder im Verwaltungsstreitverfahren verfolgbaren Anspruch auf die Verleihung, obwohl für das PrWG die rechtssatzmäßige Bindung der Behörde stets besonders betont wird. Es besteht nach Laue eine Amtspflicht der Verleihungsbehörde, die Verleihung zu erteilen, wenn keiner der gesetzlichen Versagungsgründe vorliege. Dem wird man zustimmen können, wenn man unter Amtspflicht eine Verantwortlichkeit nur „nach oben" nicht auch Dritten gegenüber versteht.

477) Hofacker StV S. 209 ff 219 ff.

478) Vergleiche § 65 ff PrWG. LWA IV/46, 67, 69, 81 sowie Schül S. 49, 50.

chen will[480]). Mit Hilfe dieser Bedingungen, Auflagen, Maßgaben, Vorbehalte, Voraussetzungen kann die Behörde den ihr vorliegenden Stoff den wechselnden Bedürfnissen anpassen und beherrschen. Von Bedeutung ist insbesondere auch die Auferlegung der Unterhaltungspflicht im Bewilligungsverfahren. Eine solche auferlegte Unterhaltungspflicht geht der gesetzlichen Unterhaltungspflicht (z. B. § 120 II PrWG) vor[481]). Als Bewilligungsbedingung kann auch der Vorbehalt eines staatlichen Heimfallrechtes in Betracht kommen[482]). Mit dem Eintritt des Heimfalls ist der bisherige Wasserbenutzer verpflichtet, dem Staat lastenfreies Eigentum an den Wasserbenutzungsanlagen etc. zu verschaffen. Näheres siehe im Art. 67 SchwWG. Verpflichtet ist die Person, welcher die Bewilligung erteilt worden war; der Erwerber der Anlage, soweit sich an den Erwerb der Wasserbenutzungsanlage der Übergang des bewilligten Wassernutzungsrechtes und an diesen die daran geknüpfte Auflage anschloß[483]). Der Inhaber eines kraft Bewilligung entstandenen Wasserbenutzungsrechtes kann, solange die Bewilligung besteht, sich zur Rechtfertigung der Außerachtlassung von Bewilligungsbedingungen nicht darauf berufen, daß er ein dem bewilligten Recht gleichkommendes oder über dieses hinausgehendes Recht ausübe[484]). Dem zur sachgemäßen Anstaltsleitung unbedingt erforderlichen freien Ermessen widerspricht es, die Auflagen und Bedingungen nur in bestimmten Fällen zuzulassen. Zweckmäßig ist es, die Richtlinien, die von der Wasserbehörde eingehalten werden sollen, nach der Art des § 87 ÖWG übersichtlich unter dem Sammelbegriff des zu wahrenden Gemeinschaftsinteresses zusammen zu stellen; dabei ist aber zu betonen, daß kein Anspruch eines Dritten auf Einhaltung dieser Richtlinien besteht, die Einhaltung vielmehr nur Gegenstand der Dienst- bzw. Staatsaufsicht ist. Selbstverständlich ist, daß die Bedingungen und Auflagen sich im Rahmen einer durch die jeweilige konkrete Sachlage gegebenen Zweckgebundenheit halten müssen, d. h. die Bedingungen und Auflagen müssen mit dem gewährten Sondergebrauch in Zusammenhang stehen und dürfen nicht aus unsachlichen Beweggründen getroffen werden[485]). Keiner weiteren Begründung bedarf es, daß das Maß und die Art der zu bewilligenden Wasserbenutzung derart zu bestimmen ist, daß die Benutzung dem öffentlichen Wohle und der zweckmäßigsten Ausnutzung des

---

479) Die Auflage ist im Gegensatz zur Bedingung eine durchaus selbständige, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügte Willenserklärung. Hängt die Wirksamkeit einer Willenserklärung ab von der als Bedingung oder sonstwie bezeichneten Tatsache, so handelt es sich um eine Bedingung; ist aber der Eintritt dieser Tatsache von dem Erklärenden erzwingbar, so handelt es sich um eine Auflage. Kormann, System, S.

480) Hofacker, StV, S. 216/217.

481) PrOVG 78/326.

482) Vergleiche § 44 I 3 f BdWG, Art. 48, 54, 67 SchwWG.

483) Vergleiche Merk, Ztschr. f. Badische Verw. u. VerwRechtspflege 1925/25 ff.

484) PrOVG 89/279.

485) Vergleiche BVGH 53/183, 185; SOVG 32/256, Art. 4 II SchwWG, § 12 I.

Gewässers nicht zuwiderläuft[486]). Aus der freien Stellung der Anstaltsleitung folgt, daß Bedingungen und Auflagen jederzeit neu vorgeschrieben werden können. Abzulehnen ist die Ansich Laue's[487]), nach dem aus den §§ 84, 85 I 1 PrWG mit Recht gefolgert werde, daß abgesehen vom Fall des §§ 47 III PrWG ein allgemeiner Vorbehalt der Abänderung oder Ergänzung von Verleihungsbedingungen selbst im Falle eines hervortretenden Bedürfnisses unzulässig sei. Hier ist die Erkenntnis zur Geltung zu bringen, daß es nicht nur zulässig, sondern selbstverständlicher Rechtsgrundsatz ist, daß die öffentliche Verwaltung dort eingreifen darf und muß, wo dringende Interessen der Gesamtheit ein Vorgehen im Einzelfall erfordern[488]). Abzulehnen ist deshalb auch die Meinung des SOVG[489]), eine Beschränkung des durch die Erlaubnis erlangten subjektiven öffentlichen Rechts liege auch in der Erteilung neuer, bei Erteilung der Erlaubnis nicht gestellter Bedingungen (Holtz-Kreutz I 450 A 8 zu § 84) sofern diese sich nicht lediglich im Rahmen der bereits gestellten Bedingungen hielten und nicht nur als Auflagen zu deren polizeilicher Durchführung oder Überwachung anzusehen seien. Die Ablehnung dieser Auffassung ergibt sich außer aus dem oben Dargelegten auch aus unserer heutigen Auffassung von den subjektiven öffentlichen Rechten, die sich mit dem Ausdruck „volksausgerichtetes subjektives öffentliches Recht"[490]) andeuten läßt.

Der freien Stellung der Anstaltsleitung entspricht es auch, eine „Verleihung auf Probe" zuzulassen. Insbesondere dann, wenn erst geringe praktische Erfahrungen mit einer bestimmten Wasserbenutzungsart vorliegen, wird es zweckmäßig sein, das Recht erst einmal auf kurze Zeit zu bewilligen, um zu beobachten, welche Folgen seine Ausübung hat[491]). Ebenso sind Bewilligungen auf Zeit zulässig; durch solche Bewilligungen auf Zeit wird es vielfach möglich sein, daß die Wasserbehörde verhindert, daß im Verhältnis kleine, in der Hauptsache dem Privatnutzen dienende Unternehmungen späteren großzügigen Unternehmungen der Allgemeinheit vorbauen und zukünftige große Wasserbauprojekte, die im Interesse des allgemeinen Wohles unternommen werden, noch mit Entschädigungsansprüchen für Bewilligungen belastet werden[492]), die erst in letzter Zeit erteilt wurden.

Bezüglich der Rechtsverhältnisse der Bauwerke einer Wasserbenutzungsanlage ist zu bemerken: Auch wenn sie stofflich als Bestandteile eines Grundstücks gelten (vergl. Art. 8 WWG) oder wie der Boden eines Kanals ohne weiteres als Privateigentum zu betrachten sind, so sind sie doch vom Staat insoweit, als sie die Nutzung eines öffentlichen Wasserlaufs vermitteln, nicht vom Standpunkt des Eigentumsbegriffs aus zu betrachten, sondern von dem-

486) ÖWG § 12.
487) Laue, S. 47 A 33.
488) Maunz, Neue Grundlagen S. 48.
489) SOVG 27/172; vergl. PrOVG 68/372.
490) Scheurl in RVBl 1935/244.
491) Anderer Ansicht LWA I/52 ff; vergl. I/86 a. a. O.
492) Vergleiche Sommer-Meister S. 36 II.

jenigen der Regelung der Benutzung einer öffentlichen Sache[493]). Von Bedeutung ist vielfach die Frage, wann eine Anlage am öffentlichen Wasserlauf liegt. Für Triebwerke wird man mit dem BVGH (47/54) annehmen können, daß ein Triebwerk an einem öffentlichen Wasserlauf dann liegt, wenn das Stauwehr, das die Wasserzuleitung zum Triebwerk ermöglicht, sich in diesem Wasserlauf befindet. Eine Stauanlage an einem Privatgewässer, die mit einem öffentlichen Wasserlauf nur insofern im Zusammenhang steht, als der Unterwasserkanal in diesen einmündet, liegt nicht am öffentlichen Wasserlauf[494]).

Stellt sich die bewilligte Wasserbenutzung als Wasserableitung dar, so ist festzuhalten, daß durch die zu anderen als Verbrauchszwecken bewilligte Ableitung aus einem öffentlichen Wasserlauf der abgeleitete Teil seine Eigenschaft als öffentliches Wasser nicht verliert. Dagegen ist das in Röhren, Kanälen etc. zu Verbrauchszwecken abgeleitete Wasser nicht mehr als zum öffentlichen Wasserlauf gehörig zu betrachten[495]), ebenso wenig die Abflüsse aus solchen Wasserträgern, bis zu ihrer Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer. Ableitungsgräben, in denen Wasser aus den öffentlichen Gewässern zur Bewässerung, zum Verbrauche für Trink- und Haushaltungszwecke oder zu gewerblichem Verbrauche aus einem öffentlichen Wasserlauf abgeleitet wird, sind deshalb auch nicht als öffentliche Wasserläufe anzusehen.

Schiffahrt und Floßfahrt sind bei den öffentlichen Wasserläufen, deren Widmung diese Gebrauchsarten vorsieht, die also dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Verkehr, der jedem unter Beachtung der zu seiner Regelung erlassenen Bestimmungen offen steht, gewidmet sind (Wasserstraßen), als Gemeingebrauch zu betrachten. Die nähere Regelung erfolgt in Schiffahrts- und Flößereiordnungen durch die Anstaltsleitung. In diesen werden Bestimmungen über die Verpflichtung der Inhaber der Ufergrundstücke zur Duldung des Landens und Befestigens von Schiffen und Flößen sowie der zeitweiligen Aussetzungn von Ladung, Schiff oder Floß im Notfall zu treffen sein[496]). Die Trift[497]) ist dagegen nicht Gemeingebrauch, da sie regelmäßig nur bestimmten Personen oder einem individuell begrenzten Personenkreis in jeweils besonders bestimmter Weise zusteht. Auch der Be-

493) Vergleiche Haller in Württ. Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. 1925/61 ff. Vergleiche hierzu Fleiner Institutionen S. 381 Anm. 58: Die Gegenstände, die der Sondernutzungsberechtigte in das Flußbett einläßt oder sonstwie mit ihnen verbindet, werden juristisch nicht zu Bestandteilen der öffentlichen Sache. Sie bleiben, vermöge der dem Beliehenen zustehenden Befugnis auf Benutzung dieser Sache (BGB § 95) Eigentum des Beliehenen u. können deshalb von ihm unabhängig von ihrer Grundlage verpfändet oder verkauft werden. Wichtig für die Grunderwerbssteuer. S. 381 A 58.

494) BVGH 42/98. Vergleiche auch Laue S. 25 u. Holtz-Kreutz S. 145.

495) Vergleiche § 1 III, § 3 Ic ÖWG.

496) Vergleiche Art. 29, 30 BWG, Art. 28 I WWG, § 22 SWG, § 26, 31 PrWG, § 13 ThWG, § 111 ff ÖWG, Art. 24 ff SchwWG, Holtz-Kreutz S. 188, Geiser-Abkühl S. 140 ff.

497) Vergleiche Eymann II, S. 807.

trieb von Fähren stellt sich als Sondergebrauch am öffentlichen Wasserlauf dar[498]).

Es ist nicht Aufgabe der Wasserbehörde, in jedem Fall vom Antragsteller den Nachweis zu verlangen, daß er zur Herstellung der Anlage berechtigt ist, deren Bewilligung er beantragt. Im Regelfall wird die Behörde davon ausgehen dürfen, daß eine Bewilligung nur für eine Anlage beantragt wird, deren Verwirklichung in Aussicht steht und zu der der Antragsteller die Berechtigung, wenn er sie nicht schon besitzt, erlangen kann und will. Anders liegt aber der Fall, wenn die Behörde darüber unterrichtet ist, daß der Antragsteller das erforderliche Recht nicht hat und daß es ihm auch an der Aussicht fehlt, es zu erlangen. Hier hätte eine Bewilligung nur theoretische Bedeutung; da die Wasserbehörden aber nur zur Erfüllung praktischer Aufgaben der Verwaltung bestimmt sind, dürfen sie nicht Bewilligungen erteilen, wenn zur Zeit der Entscheidung feststeht, daß von ihnen kein praktischer Gebrauch gemacht werden kann[499]). Im Zweifel hat eine Bewilligung solange anderen gegenüber keine Wirkung, als nicht der Antragsteller in Ansehung des Ufergrundstückes und des Bettes die zur Ausführung des beabsichtigten Unternehmens erforderlichen Befugnisse als Eigentümer oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde besitzt[500]). Dritte haben aber gegen die Erteilung einer Bewilligung an einen sachlich nicht Berechtigten keinen klagbaren Widerspruch[501]).

Das Sachsubstrat einer öffentlichen Anstalt kann gleichzeitig auch Sachsubstrat einer anderen öffentlichen Anstalt sein. Z. B. der Boden eines öffentlichen Weges, der zugleich Leinpfad ist, die Straßenbrücke über einen öffentlichen Wasserlauf und ähnliches[502]). Verwandte Fälle sind die Benutzung eines öffentlichen Wasserlaufs durch die Eisenbahnverwaltung, Wasseranlagen für Zwecke der staatlichen Luftfahrt. In solchen Fällen entsteht zwischen den verschiedenen Anstaltsleitungen eine Verwaltungsgemeinschaft[503]). Im Rahmen dieser Verwaltungsgemeinschaft hat zwischen den Interessen der beteiligten öffentlichen Anstalten ein zweckmäßiger Ausgleich stattzufinden. So kann z. B. die Reichsbahn öffentliche Wasserläufe ohne Bewilligung auch über den Gemeingebrauch hinaus nutzen[504]). Mit diesem aus dem Gedanken der Verwaltungsgemeinschaft sich ergebenden Satz stehen verschiedene Urteile des Preußischen Landeswasseramtes in Widerspruch: Die Staatseisenbahnverwaltung hatte zur Versorgung eines großen geplanten

498) Vergleiche Art. 78 BWG § 38 BdWG, Art. 28 II WWG, § 25 SWG, § 26 PrWG, § 6 II, 34, 115 ÖWG. Maunz, Hauptprobleme, S. 187. Art. „Fähre" bei Stengel-Fleischmann von Otto Mayer. PrOVG 86/313.

499) PrOVG 84/324.

500) § 26 III SWG.

501) SOVG 24/181 vergleiche auch ZAR 21/22.

502) Vergleiche Otto Mayer II, S. 116, Anm. 13 sowie über den Fall der „Eisenbahnrechtlichen Wegegemeinschaft Otto Mayer im ArchÖff. Recht 16/218 ff.

503) Otto Mayer, a. a. O.

504) Sommer-Meister S. 122 c StGH 4/32 Reichsbahnges. § 37.

staatlichen Kraftwerkes große Braunkohlenfelder gekauft. Ein sachgemäßer Abbau dieser zu beiden Seiten der Mulde gelegenen Felder war nur möglich, wenn eine Verlegung und sonstige einschneidende Maßnahmen am Laufe der Mulde vorgenommen wurden. Die Eisenbahnverwaltung beantragte deshalb vor der Neubewilligung von Wasserentnahmerechten festzustellen, daß den Antragstellern gegenüber den späteren Maßnahmen der Eisenbahnverwaltung weder ein Widerspruchsrecht noch ein Entschädigungsrecht zusteht. Das LWA (1/82) lehnte dies ab, da die Eisenbahnverwaltung nicht geltend gemacht habe, daß die Ausübung des zu bewilligenden Wasserentnahmerechts ihrem Grundeigentum Nachteil bringe. Ebenso gründlich verkennt auch die Entscheidung des LWA III 49 den Charakter der staatlichen Eisenbahn als einer öffentlichen Anstalt: Eine Eisenbahndirektion beantragte in einem Verleihungsverfahren, dem Unternehmer die Herstellung von Einrichtungen aufzuerlegen, durch die es der Eisenbahnverwaltung ermöglicht werden sollte, die Abwässer eines Bahnhofs einwandfrei und gesundheitlich unschädlich abzuführen. Das LWA lehnte diesen Antrag ab, da es sich bei den Abwässern der Bahnhofsanlage nicht um die Einleitung von Haus- oder Wirtschaftswässern, sondern um gewerbliche Abwässer handle[505]). LWA IV/12 spricht der Eisenbahnverwaltung das von ihr beanspruchte Recht zur Entnahme von Lokomotivspeisewasser aus einem Wasserlauf ab mit der Begründung der zum größten Teil auf weit abgelegenen (d. h. vom Ufergrundstück der Eisenbahnverwaltung abgelegenen) Betriebsstrecken erfolgende Verbrauch des Lokomotivspeisewassers könne nicht als ein solcher auf dem Ufergrundstück und den dahinterliegenden Grundstücken (§ 43 PrWG) bezeichnet werden[506]).

Über den Fall der Wasseranlagen für Zwecke der Luftfahrt siehe § 118 ÖWG.

Bei den Brücken treffen die Interessen der Hochwasserabführung und Anstaltsnutzung mit allgemeinen polizeilichen und Verkehrsinteressen zusammen[507]).

Ausgehend von der verfehlten Vorstellung eines Eigentums am Wasserlauf wurde vielfach die These aufgestellt, jede Verleihung enteigne, das Recht, das der Beliehene erlangene, müsse doch irgend einem Nachbarn, dem es bisher zustand, weggenommen worden sein[508]). Auch das LWA (I 120) sagt, die Verleihung stehe der Enteignung begrifflich nahe; die Verleihung entnehme wie die Enteignung, das Recht zum Eingriff dem Anspruche des Staates, über die seiner Herrschaft unterworfenen Sachen und Rechte zu Gunsten solcher Zwecke zu verfügen, die er wegen ihrer Bedeu-

505) Es sei daran erinnert, daß Laband Post u. Eisenbahn als gewerbl. Unternehmungen bezeichnet hat, obwohl er sie andererseits richtig als öffentliche Verkehrsanstalten ansah. Reichsstaatsrecht S. 392 ff, 232, 250. Dazu Köttgen VDStL VI/116 Anm. 17.

506) Vergleiche Holtz-Kreutz S. 256. RG in Gruchot 42/1015.

507) Vergleiche Holtz-Kreutz, S. 145. Hofacker DWWV 1927, S. 19.

508) W. Müller, Fischers Ztschr. 63, 201.

tung für das Gemeinwohl oder die Volkswirtschaft besonderer Berücksichtigung für wert erachtet. Hier wird eine Verwendung des Enteignungsbegriffs deutlich, die Carl Schmitt treffend als „Auflösung des Enteignungsbegriffs“[509]) bezeichnet hat: Man hatte den Begriff der Enteignung in den der Rechtsentziehung oder Rechtseinschränkung aufgelöst, das Merkmal der Überführung des enteigneten Gegenstandes aus dem Vermögen des Enteigneten in das eines Begünstigten wegfallen lassen und konnte nun mit dem Ziele einer uferlosen Gewährung von Entschädigungsansprüchen an irgendwie „Beeinträchtigte“ alles mögliche dem Enteignungsbegriff subsummieren. Nimmt man mit Layer (S. 16 ff.) an, daß der Enteignung die Aufhebung von Rechten wesentlich ist, so wird selbst bei Annahme eines Eigentums am Wasserlauf der Unterschied zwischen Enteignung und Verleihung ohne weiteres ersichtlich: Durch die Verleihung werden die Rechte des „Eigentümers“ und desjenigen der sein Recht von diesem ableitet, zwar beschränkt, aber nicht entzogen, sie leben wieder auf, wenn die Verleihung wegfällt. Der wesentliche Unterschied zwischen Enteignung und Verleihung liegt aber darin, daß die Verleihung nicht wie die Enteignung eine Ausnahmemaßregel darstellt, sondern die regelmäßige Form ist in der besondere Benutzungsrechte am Wasserlauf begründet werden und daß alle „Rechte am Wasserlauf“ von vorneherein nur mit der Maßgabe bestehen, daß sie der Verleihung zu weichen haben[510]).

Viel umstritten ist auch die Frage, ob eine „Verleihung durch den Staat an den Staat“ denkbar sei: Hier ist zu unterscheiden zwischen hoheitlichen Maßnahmen und sonstigen Maßnahmen. Hoheitliche Maßnahmen sind überhaupt keine Nutzungen, eine Bewilligung kommt also für sie nicht in Betracht. (So z. B. Unterhaltung, Ausbau der öffentlichen Wasserläufe). Bei Triebwerken, Wasserentnahmen, Einleitungen und ähnlichem ist der Staat verfahrensmäßig wie ein Privater zu behandeln. Es ist also auch eine Bewilligung der Wasserbehörde für solche Wasserbenutzungspläne anderer staatlicher Stellen notwendig. Dies erscheint auch im Interesse der Wahrung der Rechte etwa beteiligter Dritter notwendig, denen im Bewilligungsverfahren Gelegenheit gegeben ist, ihre Einwendungen vorzubringen[511]).

Erlöschen der Wasserbenutzungsrechte: Vergleiche Artikel 44 WWG, § 36 ff SWG §§ 28 ff ÖWG Art. 65 SchwWG.

Anhang: I. Gebühren.

Die Frage der Gebührenerhebung für Gemeingebrauch und Sondergebrauch an öffentlichen Wasserläufen ist keine dem Wasserrecht eigentümliche Frage, ebensowenig wie die Erhebung von Gebühren im öffentlichen Sachenrecht überhaupt eine besonders geartete Gestaltung erfahren hat. Die

509) Carl Schmitt, JW 1929/495 ff.
510) Vergleiche Schlegelberger, ZAR 11/297.
511) Vergleiche Arnold, S. 20.

Gebührenerhebung für Gemeingebrauch oder Sondergebrauch an öffentlichen Wasserläufen ist nicht als Gegenleistung für eine Leistung anzusehen[512]). Sie beruht vielmehr auf der Tarifhoheit des Staates kraft deren der Staat von den einzelnen Volksgenossen aus verschiedenen Anlässen entsprechende Abgaben erheben kann[513]).

Anhang: II. Der Leinpfad.

Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden: Wird ein am öffentlichen Wasserlauf sich hinziehender öffentlicher Weg als Leinpfad benutzt, so ist der oben erwähnte Fall einer Verwaltungsgemeinschaft zweier öffentlicher Anstalten gegeben und die Grundsätze des zweckmäßigen Ausgleichs und der gegenseitigen Rücksichtnahme finden Anwendung. Die Herstellung und Unterhaltung der für die Zwecke des Leinpfads erforderlichen besonderen Anlagen obliegt dabei selbstverständlich dem Träger des öffentlichen Wasserlaufs (vergl. Art. 7 III BWG). Wird dagegen ein am öffentlichen Wasserlauf sich hinziehender gewöhnlicher Grundstücksstreifen als Leinpfad benutzt, so wird allgemein eine öffentlich-rechtliche Duldungspflicht[514]) verschiedentlich auch eine gesetzliche Grunddienstbarkeit angenommen[515]). Daran ist richtig, daß das die Verfügungsfähigkeit an dem Grundstücksstreifen vermittelnde Recht eine Grundienstbarkeit des Bürgerlichen Rechts sein kann. Mit Layer[516]) aber eine gesetzliche öffentliche Grunddienstbarkeit anzunehmen, wird nicht richtig sein. Das Eigentum an dem betreffenden Grundstücksstreifen hat eben die konkrete Gestalt, daß der Leinpfad, eine Art Notweg[517]) vom Grundstückseigentümer nicht gestört werden darf. Von einer „Eigentumsbeschränkung" kann entsprechend dem, was oben beim Eigentumsbegriff entwickelt wurde, nicht gesprochen werden[518]).

§ 21. Wasserrecht und Gewerbeordnung.

Wichtig ist hier die Bestimmung des § 16 RGewO, daß Stauanlagen für Wassertriebwerke der gewerbepolizeilichen Genehmigung nach §§ 16 ff

---

512) Vergleiche Maunz, Hauptprobleme S. 283 sowie Mahler S. 50.

513) Nach dem PrOVG 70/394 ist das Wassergesetz auf die Tarifhoheit des Staates ohne Einfluß; ungeachtet der Bestimmungen des PrWG über den unentgeltlichen Gemeingebrauch an Wasserläufen 1. Ordng. bleibe es dem Staat unbenommen, auch für den Gemeingebrauch Verkehrsabgaben zu erheben. Vergl. auch § 54 PrWG Art. 73 BWG, Art. 21 WWG Art. 48, 49 SchwWG, Schelcher SWG S. 384. Otto Mayer II S. 203 u. Anm. 53.

514) Vergl. Eymann II, S. 556 ff.

515) So Schelcher S. 258 a. a. O.

516) Layer, S. 54.

517) Laue, S. 23.

518) Abzulehnen Otto Mayer II S. 209, Anm. 7. Klarer derselbe II S. 213 Anm. 14, 218 Anm. 27 u. 28. Bei Holstein ist die Leinpfadverpflichtung eine seiner Verwaltungspflichtigkeiten S. 96. Vgl. auch Holtz-Kreutz, S. 193, PrWG §§ 27, 29, 30, 31, SWG § 97.

RGewO bedürfen. Stauanlagen für andere Zwecke, z. B. Bewässerungsanlagen, Badeteiche, zur Gewinnung von Kesselspeisewasser fallen nicht unter die Gewerbeordnung[519]). Unter § 16 RGewO fallen auch nur solche Anlagen, welche die Stauung des Wassers zum Zweck, nicht aber solche, welche sie nur nebenbei unbeabsichtigt zur Folge haben. Mit dem Reichsgericht (vergl. RG 86/234) wird man annehmen dürfen, daß genehmigungspflichtig die gewerbliche Anlage mit allem was dazu gehört ist[520]). Für die Klarstellung des Verhältnisses der RGewO zum Wasserrecht ist von Bedeutung, daß die Gewerbeordnung die für die materielle Prüfung der Wassertriebwerke maßgebenden Gesichtspunkte nicht enthält. Vielmehr sind die wasserrechtlichen Vorschriften, die auch im gewerbepolizeilichen Genehmigungsverfahren zu beachten sind, dem Wasserrecht zu entnehmen. Durch die Gewerbeordnung wird die wasserechtliche Bewilligung von Wassertriebwerken hauptsächlich dadurch beeinflußt, daß im Bewilligungsverfahren die Grundsätze der Antragstellung, der öffentlichen Bekanntmachung, der Einsprachenerörterung, der Schriftlichkeit und der formellen Eröffnung des Bescheides zu beachten sind[521]). Keine Bindung enthält die Gewerbeordnung bezüglich der Beschränkung der Bewilligung an eine Zeit oder an beliebigen Widerruf; auch dem § 18 RGewO kann nicht entnommen werden, bei Wassertriebwerken sei nur eine Bewilligung auf Dauer zulässig[522]). Aus dem Dargelegten ergibt sich ohne weiteres, daß die auf das Wasserrecht bezüglichen Bestimmungen der Gewerbeordnung logisch und praktisch in das Wasserrecht gehören. Es ist zu hoffen, daß im neuen Reichswassergesetz die in der Gewerbeordnung bisher gegebene „Vorwegnahme einer reichsrechtlichen Regelung des Wasserrechts" aufgeht. Die öffentlichen Wasserläufe gehören ebenso wie die öffentlichen Eisenbahnen nicht in die Reichsgewerbeordnung (vergl. § 6 RGewO)[523]).

Das Reichsgericht (vergl. RG 58/24) hat den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb ohne Rücksicht auf die Genehmigung nach §§ 16 ff. RGewO als ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 I BGB anerkannt. Es kann sich aber hier immer nur um einen Schutz dieses Gewerbebetriebs gegen solche Angriffe handeln, die unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb gerichtet und objektiv rechtswidrig sind. Als eine unmittelbare Störung kann es aber nicht angesehen werden, wenn der Herr eines öffentlichen Wasserlaufs mit den gesetzlich zulässigen Mitteln gegen dessen Inanspruchnahme durch den Gewerbetreibenden einschreitet oder einen vorbehaltenen Widerruf ausspricht, wenngleich daraus mittelbar nachteilige Wirkungen für den Fortbetrieb des Unternehmens erwachsen können[524]).

---

519) Vergl. Landmann-Rohmer, Anm. 36 zu § 16 RGewO sowie Sommer-Meister S.

520) Vgl. Landmann-Rohmer a. a. O.

521) vgl. Hofacker, Annalen für das D.R. 1913/30 ff.

522) a. a. O. sowie BVGH 44/86, BVGH bei Reger 25/164 ff.

523) vergleiche Köttgen VDStL VI/131.

524) Ebenso LWA III/141. Vergleiche zu „Wasserrecht u. GewO" auch: LWA 1/134, III 64 ff, II 51 RG 93/103, KG bei Reger 52/321.

§ 22. Die Anlieger öffentlicher Wasserläufe.

Man kann sich bei der Untersuchung der rechtlichen Stellung der Anlieger öffentlicher Wasserläufe als solcher im Wesentlichen darauf beschränken, den Satz aufzustellen, daß jede Anliegernutzung entweder Gemeingebrauch oder Sondergebrauch darstellt und daß die Vorzugsstellung die der Anlieger dadurch einnimmt, daß er ohne privatrechtliche Bewilligung eines Dritten jederzeit an den öffentlichen Wasserlauf gelangen kann und so zu einer intensiveren Ausnutzung der mit dem öffentlichen Wasserlauf gegebenen Möglichkeiten in der Lage ist, vom Standpunkt des öffentlichen Sachenrechts aus außersachenrechtlicher Natur ist. Mag auch im Geschäftsverkehr die Anliegerschaft an einem öffentlichen Wasserlauf regelmäßig als eine den Grundstückswert wesentlich beeinflussende Eigenschaft eines Grundstücks angesehen werden[525]), für eine Untersuchung der Wasserläufe als öffentliche Sachen ist dies — von den weiter unten[526]) zu besprechenden Fragen der Entschädigung abgesehen — ohne Belang. Für die öffentliche Anstalt unterscheiden sich die Anlieger und ebenso die Hinterlieger in keiner Weise von sonstigen Benutzern. Auch dort wo — wie nach § 4 ThWG — die Anlieger Eigentümer des Bettes der öffentlichen Wasserläufe sind, handelt es sich bei den sich hieraus ergebenden Rechtsverhältnissen um solche vorsachenrechtlicher Natur. Aus der Bestimmung des Eigentums als relatives Recht, das gegen die Gemeinschaft keine Abwehrrechte gibt, folgt die „Wehrlosigkeit" des Anliegereigentums gegenüber den Einwirkungen der öffentlichen Anstalt[527]).

§ 23. Das öffentliche Interesse.

In den Wassergesetzen spielen die Begriffe öffentliches Interesse, öffentliches Wohl, Gemeinwohl, Gemeiner Nutzen eine erhebliche Rolle. So spricht das PrWG in den §§ 20, 31 I vom öffentlichen Interesse, in den §§ 49, 50, 84, 152, 163, 176, 200, 207, 333 vom öffentlichen Wohl; das BWG in den Art. 11, 18, 19, 39, 40, 42, 48, 51, 52; 60; 79; 106; 107; 112; 175 vom Gemeinwohl; das SWG in den §§ 10, 22, 23, 27, 63, 65, 76, 159, 162 vom öffentlichen Interesse in den §§ 38, 41, 42, 47 vom Gemeinwohl; das SchwWG vom öffentlichen Wohl in den Art. 4, 8, 19, 26, 39, 41, 42, 43 usw.

Angesichts dieser vielfachen Verwendung der genannten Begriffe erscheint eine Klärung derselben notwendig zu sein. Gemeinwohl und öffentliches Wohl dürfen wohl von vorneherein als identische Begriffe bezeichnet wer-

525) W. Schelcher, Sächsisches Enteignungsgesetz, S. 299.
526) siehe unten S. 143 ff.
527) Vergleiche § 28 PrWG. Zu den Anliegerrechten überhaupt RG 97/115 Art. „Flüsse" von Otto Mayer bei Stengel-Fleischmann, Gierke DPR II 428, Kappeler S. 54, 55, Fleiner, Inst. S. 377, Layer S. 58, Siewers, Fischers Ztschr. 71/57, 58.

den. Bezüglich des Verhältnisses der Begriffe öffentliches Interesse und öffentliches Wohl bemerken Holtz-Kreutz (S. 135 A 19), daß beide Begriffe einander sehr nahe stehen, sich aber nicht vollständig decken, der Begriff des öffentlichen Interesses ist nach ihnen der weitere. Inwiefern dies der Fall sei, wird nicht angegeben[528]). In der Tat sind die Begriffe öffentliches Interesse öffentliches Wohl Gemeinwohl synonym, ihre Verschiedenheit in den einzelnen Normen ist keine wesentliche, sondern nur eine Folge ihrer jeweils der Natur der Sache angepaßten Konkretisierung. Mit der Einführung aller dieser Begriffe sollte der heute als fundamentaler Rechtsgrundsatz anerkannte Gedanke „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" zum Ausdruck gebracht werden.

Man hat vorgebracht, das öffentliche Interesse sei „ein Etwas, das uns molluskenhaft entgleitet, wenn wir es greifen möchten, das wie Protheus hundertfach die Gestalt wechselt, während wir es betrachten. Es in einer definitiven Formel, die für alle Fälle anwendbar wäre zu begreifen, sei unmöglich[529]). Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken, daß für uns das öffentliche Interesse nichts anderes sein kann als das Gemeinschaftsinteresse[530]); eine weitere Befestigung erhält dieser „dehnbarste aller Begriffe"[531]) dadurch, daß ein öffentliches Interesse nur dann als vorliegend betrachtet werden kann, wenn vom Standpunkt des Nationalsozialismus, in dessen Sinn alle Gesetze auszulegen sind, ein solches als vorwiegend anzuerkennen ist. Layer[532]) wird gemeinschaftsmäßigem Denken nicht gerecht, wenn er den Begriff des öffentlichen Interesses als relativen Begriff auffaßt, der das Interesse des Ganzen im Verhältnis zum Interesse des Gliedes bedeute: Hier tritt uns die schon oben abgelehnte Kontrastierung des öffentlichen und des privaten Interesses als Folge der Gegenüberstellung von Individual- und Kollektivsphäre entgegen, die für unser heutiges Denken ohne Bedeutung ist. Abzulehnen ist auch Merkls Auffassung[533]), im Wesen des öffentlichen Interesses liege es nur, daß es das gemeinsame Interesse einer größeren gesellschaftlichen Gruppe, nicht aber daß es das Interesse der Gesamtheit, ein wirkliches Gemeininteresse sei: Es kommt eben darauf an, ob das Interesse der betreffenden gesellschaftlichen Gruppe als Gemeininteresse angesprochen werden kann. Irgend einen Einfluß auf das Ganze haben alle Interessen der Glieder; als Interesse des Ganzen erschei-

528) Wie verschwommen die Begriffe abgegrenzt werden, zeigen die Ausführungen eines Regierungsvertreters bei Holtz-Kreutz a. a. O., der Begriff des öffentlichen Wohles sei der engere, in dem er verlange, daß das Wohl der Allgemeinheit beteiligt sei oder gefördert werden solle, während der Begriff des öffentlichen Interesses weitergehender sei, indem er jedes berechtigte Interesse der Allgemeinheit im Auge habe. Vergleiche dazu auch Pendel „Zum Entwurf eines neuen Wasserrechtsgesetzes" in ÖVBl 1934/137 ff.

529) Posse in Ztschr. f. Politik 18/336, dazu Köttgen VDStL VI/117.

530) Vergleiche SOVG 115 I 34 vom 14. 12. 1934.

531) Bühler, S. 430.

532) Layer, S. 220, 221.

533) Merkl, S. 80.

nen aber nur die für das Ganze wesentlichen Interessen derselben; die Wesentlichkeit des Interesses für das Ganze, nicht die zahlenmäßige Größe der das Gliedinteresse vertretenden Gruppe ist also ausschlaggebend. Eine allgemeine Formel, die konkret sagt, was in jedem Einzelfall unter das öffentliche Interesse fällt, kann es allerdings nicht geben Es handelt sich hier um einen Fall des klugen und gewissenhaften Ermessen des Verwaltungsbeamten, der im einzelnen Fall das Richtige zu finden haben wird[534]).

Ebenso streitig wie die Frage nach dem Inhalt des Begriffs „öffentliches Interesse" ist die nach seiner Verwendbarkeit. Man wird sich unter Herrschaft des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" der Meinung des PrLWA II/88 anschließen müssen, die Fürsorge für das öffentliche Wohl sei der leitende Gesichtspunkt a l l e r wasserrechtlicher Einzelbestimmungen. Dies entspricht auch dem „Denken in Rechtsgebilden, nicht in Rechtsnormen." Ebenso Maunz[535]) nach dem es nicht nur zulässig, sondern selbstverständlicher Rechtsgrundsatz ist, daß die öffentliche Verwaltung dort eingreifen muß, wo dringende Interessen der Gesamtheit ein Vorgehen im Einzelfall erfordern. Auch nach Hofacker[536]) kann die Verwaltungsbehörde die Interessen der einzelnen (soweit sie nach dem oben Dargelegten für das Ganze von wesentlicher Bedeutung sind!) des Heimatschutzes, des Gemeingebrauchs, der Fischerei, des Hochwasserschutzes wahren, ohne peinliche Beweise liefern zu müssen, ob etwa die Maßnahmen polizeilich nötig und in Gesetzen ausdrücklich geregelt seien. Hier wird also mit Recht entgegen der Meinung Lutz Richters[537]) das öffentliche Interesse als Generaltitel behandelt, der jedem für die Allgemeinheit erstrebenswerten Wunsch rechtliche Erfüllung verheißt. Es sei daran erinnert, daß wir es oben als einen der wichtigsten Grundsätze für die Bewilligung von Benutzungen der öffentlichen Anstalt bezeichneten, daß das Maß und die Art der zu bewilligenden Benutzung derart zu bestimmen ist, daß das öffentliche Interesse nicht beeinträchtigt wird.

Bei den Beratungen des Wasserrechtsausschusses der bayerischen Abgeordnetenkammer erklärte der Minister: Bei der Beurteilung des Gemeinwohls ist nicht davon auszugehen, ob es sich um e i n Unternehmen oder ob es sich um eine größere Anzahl von Unternehmungen handelt, sondern davon, ob z. B durch Entzug des Wassers und die dadurch herbeigeführte Einstellung eines Betriebs eine große Anzahl von Arbeitern ihren Verdienst verlieren und in ihrem Nährstande bedroht würden[538]). Nach dem BVGH 55/56 sind Rücksichten des Gemeinwohls dann anzunehmen, wenn öffentliche Mißstände oder die Vernichtung einer Menge wertvoller Einzelinteressen verhütet werden sollen. Nach SOVG 19/23 liegt eine Gefährdung des Gemeinwohls dann vor, wenn es sich um eine besonders erhebliche Minde-

534) Vergleiche Holtz-Kreutz, S. 135 A 19, LWA I/97.
535) Maunz, Neue Grundlagen, S. 48.
537) ArchÖffRecht 8/36 ff. Ebenso Layer, S. 225.
536) Hofacker, DWWV 1927, Nr. 19, S. 29, 30.
538) BVGH 30/122.

rung der Wassermenge eines fließenden Gewässers oder um eine Entziehung von Wasser handelt, die sich nicht bloß auf einzelne Grundstücke, sondern auf einen mehr oder weniger großen Teil des Gemeindebezirks erstreckt. Nach dem LWA I/23, 97, 137 schließt der Umstand, daß ein Recht, dessen Verleihung beantragt ist, zunächst den Zwecken eines privaten gewerblichen Betriebes dient nicht aus, daß für die Verleihung Gründe des öffentlichen Wohles sprechen können. Dagegen hält das LWA I/99 Rücksichten auf die Hebung der Steuerkraft einer Gemeinde nicht für Rücksichten des öffentlichen Wohls in unserem Sinne. Auch dieser Entscheidung wird man zustimmen müssen. Ob ein gewerblicher Betrieb Gründe des öffentlichen Wohles für sich in Anspruch nehmen kann, hängt allgemein davon ab, inwieweit für die in ihm erfolgende Produktion ein allgemein wirtschaftliches Bedürfnis besteht (vergl. LWA III/19). Falsch dürfte es sein mit LWA III/85 beim Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit eines Unternehmens dessen Gemeinnützigkeit zu verneinen und nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände eine andere Beurteilung Platz greifen zu lassen. Gewerbsmäßigkeit und Gemeinnützigkeit schließen sich nicht aus; gerade ein nach kaufmännischen Grundsätzen geleiteter Betrieb kann von größtem Werte für die Gemeinschaft sein. Mit Recht lehnt LWA I/123 die Auffassung ab, daß das Gemeinwohl in der Hand einer öffentlichen Kommune besser gewahrt bleibe, als in der Hand einer Privatfirma. Formaljuristisch und unvereinbar mit nationalsozialistischen Gedankengängen ist die Entscheidung des PrOVG (in PrVBl 52/940), wonach zu den Rücksichten des öffentlichen Wohls bei der Bewilligung des Rechts zur Ableitung von Wasser aus einem Wasserlauf nicht hygienische Bedenken gehören, die sich gegen die Beschaffenheit des Wassers im Hinblick auf dessen Benutzung als Trinkwasser wenden, da es sich hier nicht um die Ableitung, sondern um die spätere Verwendung des abgeleiteten Wassers handle. Hofacker[539]) betont demgegenüber, daß keine Art von Wasserbenutzung mit einer Schädigung der menschlichen Gesundheit verbunden sein dürfe, die menschliche Gesundheit also keinesfalls wirtschaftlichen Vorteilen geopfert werden dürfe.

Besonders schwierig zu entscheiden sind die Fälle, bei denen sich zwei öffentliche Interessen widerstreitend gegenüberstehen. Die Kompliziertheit der Sachlage in solchen Fällen wird an folgenden Beispielen ersichtlich: Die Kaliindustrie, deren Förderung wichtigen Interessen der deutschen Volkswirtschaft dient, muß größere Mengen Chlormagnesium haltiger Abwässer in die Gewässer im Stromgebiet der Elbe und Weser abstoßen. Daraus ergeben sich nachteilige Wirkungen für die öffentlichen Wasserversorgungsanstalten in Hamburg und Bremen, die ebenfalls Rücksichten des öffentlichen Wohles berühren[540]). — Der Provinzialverband der Provinz Pommern und die Stadt Stolp wollten an derselben Stelle die Wasserkraft der Stolpe zwecks Errichtung von Kraftwerken ausbauen. Beide Parteien konn-

539) Hofacker, DWWV 1927 Nr. 19, S. 24.
540) LWA IV/34, 35.

ten nach der Feststellung des LWA[541]) Gründe des öffentlichen Wohls für sich in Anspruch nehmen. In dem Fall des BVGH 49/48 standen sich Fremdenverkehrsinteressen und die Interessen des Walchenseewerks gegenüber: In allen diesen Fällen wird die entscheidende Behörde vom Standpunkt der Billigkeit (ex aequo et bono) die widerstreitenden öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen und auszugleichen haben und dem öffentlichen Interesse den Vorzug zu geben haben, das in der Lage ist, den wesentlicheren Bedürfnissen zu genügen und vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus die wertvolleren Dienste zu leisten.

§ 24. Entschädigungsfragen.

Für jede völkische Auffassung ist die Gerechtigkeit durch die Erfordernisse der nationalen Lebensordnung bestimmt.
Koellreutter, Staatslehre, S. 75.

Bei den Fragen der Entschädigung erscheint es nicht angängig, alles unter einen einheitlichen Rechtsbegriff, etwa den der öffentlich-rechtlichen Entschädigung zu bringen und sich mit dem Satz der herrschenden Lehre zu begnügen, daß Entschädigung nur geschuldet werde, wenn ein Rechtssatz eine solche zuspreche[542]). Es sind vielmehr die einzelnen Entschädigungsfälle scharf auseinander zu halten. Zu beachten ist bei allen Entschädigungsfragen die Unterscheidung von Rechten und Interessen, von rechtlichen und bloß faktischen Vermögensnachteilen entsprechend der Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts[543]).

Ein Eingriff in fremde Eigentums- und andere dingliche Rechte liegt darnach nur dann vor, wenn der Berechtigte an sich in der Lage wäre, den Eingriff durch ein privatrechtliches Verbietungsrecht abzuwehren. Handlungen, die der Geschädigte auch sonst dulden müßte und gegen die ihm eine Klage auf Unterlassung mangels eines die Verhinderung solcher Störungen seiner Interessen in sich begreifenden Rechtes nicht zu Gebote stünde, erfüllen nicht den Tatbestand eines Eingriffs in Rechte. Es handelt sich in letzterem Fall um bloße faktische Vermögensnachteile, für die im Zweifel eine staatliche Entschädigung nicht geschuldet ist.

Zweiter allgemeiner Grundsatz der Entschädigungslehre muß es sein, daß auch bezüglich der Rechte nur ein erheblicher, beträchtlicher, wesentlicher

541) LWA IV/57.
542) Fleiner, Institutionen, S. 303.
543) Die Praxis des Schweizer Bundesgerichts 1928/84. Unklar dagegen BG 122/136, Holtz-Kreutz S. 302.
544) Stödter, S. 28: Das subjektive Recht ist das Objekt des anspruchserzeugenden Staatsaktes beim Aufopferungsanspruch. Die Beeinträchtigung bloßer Interessen löst eine öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht nicht aus.

Schaden ersetzt wird, nicht aber unerhebliche, unbeträchtliche, unwesentliche Beeinträchtigungen[545]). Im einzelnen sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Schaden, der dem einzelnen aus der Widmung eines Wasserlaufs zum öffentlichen Wasserlauf erwächst: § 48 ÖWG sieht für diesen Fall angemessene Entschädigung vor, die beim Nichtzustandekommen einer gütlichen Übereinkunft nach Art und Höhe von der Wasserrechtsbehörde festzusetzen ist. Nach BWG Art. 4 III kann in diesem Fall Entschädigung für die Entziehung des Flußbettes nicht verlangt werden. Es entspricht dies dem Gedanken, daß das Grundeigentum keine Rechtsmacht gegen Verfügungen seitens der Gemeinschaft verleiht und daß das Entstehen tatsächlicher Vermögensnachteile hier schwerlich nachweisbar sein wird; sollte dies aber ausnahmsweise einmal der Fall sein, so schließt wie Eymann[546]) mit Recht ausführt, die Regelung des § 4 III BWG nicht aus, daß in besonders gelagerten Fällen aus Billigkeitsrücksichten freiwillig Entschädigung gewährt wird. Die Bedenken ,die gegen die zweckmäßige Vorschrift des Art. 4 III BWG aus Art. 153 II RV hergeleitet wurden[547]), sind nach der Außerkraftsetzung des Art. 153 RV durch die Notverordnung vom 28. 2. 1933 nicht mehr aktuell. Keine Entschädigung wird im Falle einer Umwidmung geschuldet, wenn also z. B. ein bisher nicht der Schiffahrt eröffneter Wasserlauf auch der Benutzung durch Schiffe gewidmet wird. Nach PrWG § 3 II wird bei Versetzung eines Wasserlaufs in eine andere Ordnung staatliche Entschädigung gewährt, wenn infolge einer solchen Änderung jemand in der Ausübung eines Rechts am Wasserlauf beeinträchtigt oder ein Grundstück beschädigt wird.

Schwierigkeiten hat von jeher der Begriff der angemessenen Entschädigung (Art. 153 RV) bereitet. Köttgen vertritt für den von ihm behandelten Fall der Umwandlung des Privateigentums an den Gewässern in ein öffentliches Eigentum, der in seinen praktischen Auswirkungen etwa unserem Fall der Widmung eines Wasserlaufs zur öffentlichen Sache entspricht, den Standpunkt[548]), daß es grundsätzlich angemessen sein werde, keine Entschädigung zu zahlen; er verneint insbesondere unter Berufung auf Art. 4 III BWG die Frage, ob nicht aus Gründen der Gerechtigkeit für den Verlust des Flußbetteigentums Ersatz geleistet werden soll. — Wird dagegen — Art. 4 III 2 BWG — infolge der Umwandlung eines Flusses oder eines Flußteiles in einen öffentlichen Fluß die bisherige Benutzung des Wassers oder des Flußbettes oder eines Teiles desselben zum Nachteil eines Berechtigten aufgehoben oder beeinträchtigt, so kann dieser Entschädigung verlangen. In dem Fall der Beeinträchtigung von Wasserbenutzungsrechten durch die Widmung eines Flusses zum öffentlichen Fluß wird es zunächst der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen, nach Art des Art. 1 III

545) Ebenso Stödter S. 197, vergleiche § 159 PrWG.
546) Eymann, II/539 A 9.
547) Vergleiche Kercher BayerGemVerwZtg 1923/333.
548) Köttgen, Hauptprobleme, S.

WWG zu bestimmen, daß wohlerworbene Rechte einzelner an diesen Gewässern als Anstaltsnutzungsrechte mit unverändertem Inhalt bestehen bleiben. Dadurch werden dann auf Eigentum, Verleihung, Konzession, unvordenkliche Verjährung beruhende Nutzungsrechte, mochten sie im bisherigen Sinn dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören, in Anstaltsnutzungsrechte umgewandelt. Die Beschränkung auf den bisherigen Inhalt ist dabei dahin zu verstehen, daß dann, wenn sich aus den bisherigen Nutzungsrechten für ihren Inhaber ein Minus an Befugnissen im Vergleich zu den nunmehrigen Anstaltsnutzungsrechten ergibt, es bei diesem Minus bleibt, daß aber dann, wenn die Nutzungsrechte bisher weitergehende Befugnisse gaben, diese auf den Umfang der Anstaltsnutzungsrechtsbefugnisse reduziert werden[549]). Soweit eine solche Umwandlung nicht zweckmäßig erscheint, entspricht es der Billigkeit, Entschädigung zu gewähren, aber nur, wenn und soweit von einem Benutzungsrecht auch tatsächlich schon Gebrauch gemacht wurde, nicht dagegen für den Verlust einer bloßen abstrakten Nutzungsmöglichkeit[550]). Es kann demgemäß nur das damnum emergens, nicht aber das lucrum cessans bei der Entschädigung Berücksichtigung finden[551]). Das Recht auf Entschädigung ist ein subjektives öffentliches Recht; da hier ein Sachsubstrat einer Gemeinschaftsanstalt als Anstaltsmittel verschafft werden soll, liegt der Fall einer Mittelaufbringung für Gemeinschaftszwecke vor, bei dem die Einräumung von subsjektiven öffentlichen Rechten der inneren Ordnung der Dinge entsprechen dürfte[552]). Der Einwand Eymanns, es sei für die Öffentlichkeit ohne Interesse, ob und in welcher Höhe ein Privater hier für den Verlust seiner Rechte entschädigt werde und es handle sich deshalb um ein rein zivilrechtliches Recht, widerspricht gemeinschaftsmäßigem Denken und schlägt demgemäß nicht durch[553]).

Die Ausnutzung von Flüssen ist vielfach nur mit Hilfe langer Seitenkanäle möglich[554]). Diese Kanäle durchstoßen vielfach öffentliche Wege. Da nicht in jedem Fall eine Brücke gebaut werden kann, muß mehrfach eine Zusammenfassung des Verkehrs erfolgen. Die Rechtslage ist dann folgende: Jede Wegeänderung bedarf der Zustimmung des Wegeherrn[555]). Stimmt der Wegeherr der Wegeänderung zu, so muß sich der einzelne Wegebenutzer mit der Umgestaltung der Wegeverhältnisse zufrieden geben, da der einzelne, wie oben festgestellt gegen die Aufhebung des Gemeingebrauchs infolge der Entwidmung der öffentlichen Sache keine Widerspruchsrechte hat[556]).

549) Vergleiche Holtz-Kreutz zu § 9 PrWG.
550) Eymann II 540 A 11; Holtz-Kreutz S. 260 ff.
551) Eymann II 541 A 14.
552) Vergleiche Maunz, Neue Grundlagen S. 32.
553) Vergleiche Eymann II 541 A 15. Holtz-Kreutz S. 74 ff.
554) Z. B. das Innwerk 22,8 km, die mittlere Isar 53,7 km.
555) BVGH 49/80; 50/169.
556) BVGH 17/331. Vergl. § 17 II RGewWO, Eymann II, S. 893 d, Schenkel-Wiener S. 131. Wird für einen neu geschaffenen öffentlichen Wasserlauf ein Uferstreifen als Leinpfad beansprucht, so sind die Grundeigentümer entsprechend zu entschädigen. § 22 IV 1 BdWG.

2. Schaden, der dem einzelnen aus dem Anstaltsbetrieb erwächst.

a) Eingriffe in Grundeigentum, z. B. bei der Inanspruchnahme von Grund und Boden für Bauten, Ausbauten und Überstauungen: Hier wird in Anlehnung an die Enteignungsgesetze volle Entschädigung in dem dort entwickelten Sinn zu gewähren sein. Es folgt dies aus dem, dem Volksbewußtsein entsprechenden Gedanken der ausgleichenden Entschädigung eines besonderen Opfers; die Gemeinschaft kann jederzeit von allen Gemeinschaftsgliedern Opfer verlangen; dem Rechtsgebilde Gemeinschaft als einer organischen Zusammengehörigkeit entspricht es aber, die einzelnen Glieder in gleichem Maße zu belasten und demgemäß den Vermögensnachteil, den die Einwirkung der Gemeinschaft einem einzelnen zum Nutzen aller zugefügt hat, auf gemeinsame Kosten zu nehmen und dadurch auszuschlagen auf die Mitglieder der Gemeinschaft[557]).

Hat eine Wasserbenutzungsanlage eine Änderung des Grundwasserstandes zur Folge, so ist dem Grundeigentümer für die nach fachmännischer Voraussicht etwa eintretende Verschlechterung der Bodenbeschaffenheit eine angemessene Entschädigung zu leisten[558]).

b) Eingriffe in Wasserbenutzungsrechte: Hier entspricht es der gegebenen konkreten Ordnung, den tatsächlich erwachsenen Schaden, nicht aber auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen, denn bei diesen Rechten handelt es sich um Anstaltsnutzungsrechte, also um Rechte, die sich aus der Gewährung einer Benutzung an einem Gemeinschaftsgut für eigene Zweck der einzelnen ergeben; diese Benutzung wird aber nur gewährt, soweit durch diese Eigenbenutzung dem Gemeinschaftsinteresse gedient ist, nicht um dem einzelnen als solchen und an sich einen Vorteil zuzuwenden. Die Billigkeit erfordert also im Falle der Entziehung oder Beschränkung der genannten Rechte Ersatz für die dadurch eingetretene Vermögensminderung, nicht aber auch Ersatz des Gewinns, den der einzelne aus der Anstaltsbenutzung erhalten hätte, wenn er sie noch länger hätte ausüben können. Es wird aber zweckmäßig sein, die Möglichkeit offen zu halten, im Einzelfall - - wo etwa die Erhaltung der Kreditgrundlage eines Unternehmens dies erfordert — volle Entschädigung zu gewähren. — Die Entschädigung hat in erster Linie in natura zu erfolgen, am besten durch Zuweisung von Mehrwasser oder durch Zuweisung von elektrischem Strom[559]), nur subsidiär in Geldkapital, oder Geldrenten. Bei der Frage, welche Art des Ausgleichs gewährt wird, wird man der entscheidenden Behörde volle Freiheit lassen müssen.

Kraft Heimfallsrecht vom Staat übernommene Wasserbenutzungsanlagen sind in manchen Fällen gegen billige Entschädigung zu übernehmen, abweichend vom Regelfall des entschädigungslosen Übergangs. Wird hier von dem Eigentümer der zu übernehmenden Anlage geltend gemacht, die An-

557) Vergleiche Otto Mayer II, S. 517.

558) § 12 IV ÖWG, Eymann II 779. Stödter S. 80 ff weist mit Recht auf den Lastengleichheitsgrundsatz hin, aus dem sich die Entschädigung ergibt „nec unus supra ceteros graviter oneretur".

lagen hätten einen großen Wert, da mit ihnen ein gutes Geschäft betrieben worden sei, so ist zu beachten, daß die guten Erfolge des Betriebs nicht allein den Anlagen zuzuschreiben waren, sondern dem Zusammenwirken von Bewilligung (des Wasserbenutzungsrechts) und Anlagen. Die Anlagen allein haben nach Ablauf der Bewilligungszeit nur den Bauwert der noch zu reduzieren ist durch eine angemessene Amortisation infolge der Abnutzung. Die billige Entschädigung ist also nur zu bemessen nach den wirklichen Anlagekosten, abzüglich der üblichen Amortisation[560]).

Keine Entschädigung ist dann zu gewähren, wenn der seitherige Sondergebrauch am öffentlichen Wasserlauf dadurch geschmälert wird, daß den Wasserlauf speisende Quellen zum Zweck der Wasserversorgung von Gemeinden abgeleitet werden[561]).

§ 26 RGewO bestimmt, daß jemand dann, wenn er eine Privatklage auf Einstellung einer genehmigten gewerblichen Anlage erheben könnte, die Klage nur auf Verbesserung der Anlage oder auf Schadloshaltung richten darf. Man hat vielfach diese Bestimmung dahin umgedreht, daß derjenige, der keinen zivilrechtlichen Abwehranspruch gegen eine gewerbliche Anlage hat, wenigstens einen Entschädigungsanspruch erhalte[562]). Man wird hier vor allem zu beachten haben, daß sich aus § 26 RGewO keine Klagen gegen den Staat ergeben können; die infolge des Betriebs einer nach § 16 ff RGewO keine Klagen gegen den Staat ergeben können; die infolge des Betriebs einer nach § 16 ff RGewO genehmigten Anlage entstehenden Schäden sind durch private Rechtsausübung verursacht, nicht durch den Staat, der die Bewilligung für die entsprechende Wasserbenutzung erteilt hat. Die Bewilligung ist Voraussetzung für den Ausschluß derac tio negatoria, nicht Ursache des angerichteten Schadens[563]). In diesem Zusammenhang wird vielfach die auf Grund des § 75 Einleitung ALR bestehende staatliche Entschädigungspflicht erwähnt; nach der Rechtssprechung tritt diese Entschädigungspflicht nur ein, wenn ein in seinem Eigentum nicht eingeschränkter Eigentümer einer Sache nach der in einem einzelnen Fall getroffenen Anordnung einer Verwaltungsbehörde sich zum Wohle des Ganzen einer ihm nachteiligen Beschränkung seines Eigentums unterwerfen muß; sie tritt nicht ein, wenn das Eigentum ohnehin einer gesetzlichen Beschränkung unterliegt, die von den Verwaltungsbehörden im Einzelfall nur zur Durchführung gebracht wird[564]): die von uns oben[565]) vorgenommene Bestimmung des Eigentums als einer nur relativen Herrschaft, wird regelmäßig überhaupt zum Ausschluß der genannten Entschädigungsansprüche führen.

---

559) Vergleiche § 35 III BdWG, Art. 164a BWG.
560) Vergleiche Geiser-Abkühl S. 204.
561) SOVG 30/107.
562) Vergleiche § 31 ThWG, § 15 SWG, Art. 6 IV, 55 WWG. Hofacker DJZ 1934/889 ff. RG 44/325.
563) Vergleiche Stödter, S. 12. Landmann-Rohmer § 26 RGewO A 5.
564) RG 103/426; 92/49; 90/50; 126/361.
565) S. o. S. 94.

c) Bloße faktische Vermögensteile: Hier ist davon auszugehen, daß grundsätzlich eine Schadensersatzpflicht nicht besteht; „nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod ius non habet“[566]). Nur dort, wo ein Rechtssatz ausdrücklich eine Entschädigung anordnet, kann also die Beeinträchtigung bloßer Interessen entschädigt werden. Faktische Vermögensnachteile können sich ergeben aus Flußkorrektionen, Entwässerungen, Aufforstungen und ähnlichen, sei es mittelbaren, sei es unmittelbaren Einwirkungen auf das Gewässer. Umgestaltungen des Flußbetts vernichten vielfach die natürlichen Vorbedingungen für Fortpflanzung und Ernährung der Fische. Den Fischereiberechtigten entstehen Vermögensnachteile, aber nur um wirtschaftliche Schädigungen nicht um Rechtseingriffe handelt es sich hier[567]).

5. Schaden, der dem einzelnen aus der Aufhebung öffentlicher Anstalten erwächst: Hier wird man sich daran zu erinnern haben, daß die Schaffung einer öffentlichen Sache als öffentliche Anstalt freier Ermessensakt der widmenden Stelle ist. Es besteht von keiner Seite ein Recht auf die Errichtung und ebensowenig ein Recht auf den Fortbestand der öffentlichen Sache. Es kann also auch durch die Aufhebung der öffentlichen Sache eine Rechtsverletzung grundsätzlich nicht bewirkt werden. Rechtsansprüche auf Entschädigung können auch nicht daraus entnommen werden, daß die weitere Verfolgung noch nicht abgewickelter Anstaltsnutzungsrechtsverhältnisse unmöglich geworden ist, denn die Nutzungsrechte waren Anstaltsnutzungsrechte, mit dem Wegfall der Rechtseinrichtung Anstalt ist diesen Rechten die Grundlage enzogen worden und auf das Fortbestehen dieser Grundlage bestand kein Recht. Der Aufhebung der öffentlichen Sache durch Entwidmung als dem contrarius actus der Widmung steht rechtlich gleich die Endigung der Sache infolge Untergangs des Sachsubstrats. Auch hier kann es sich also nur um den Ersatz faktischer Vermögensnachteile, soweit ein solcher gewährt wird (siehe oben 2 c), handeln.

Welch unklare Vorstellungen auch höchste Gerichte in Entschädigungssachen haben, wird an folgendem Beispiel deutlich: Die Altwässer einer Papierfabrik verunreinigten einen Wasserlauf und schädigten angeblich den Betrieb einer unterliegenden Kunstseidenfabrik. Die Unterliegerin hatte gegen die Oberliegerin Klage auf Unterlassung und Schadensersatz erhoben und verklagte dann die Inhaber der Wasserpolizei wegen des ihr durch schuldhafte Amtspflichtverletzung entstandenen Schadens, da letztere wasserpolizeiliche Maßnahmen niemals energisch durchgeführt und so der Papierfabrik die Vornahme der schädlichen Einleitungen ermöglicht hätten. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab, das Reichsgericht hat an das Landgericht zurückverwiesen. Das Landgericht soll nun erneut nachprüfen, ob die Wasserpolizeibeamten schuldhaft ihre Amtspflicht verletzt haben. Zur Be-

563) Hofacker, Der Einzelne, S. 21.
567) Vergleiche Stödter, S. 39 RG 54/260, Otto Mayer II 539 A 35 Art. 30 WWG, Art. 23 SchwWG, § 15 ÖWG.

gründung führte das Reichsgericht an, es habe Maßnahmen der Verwaltungsbehörden, auch wenn sie nach pflichtmäßigem Ermessen zu treffen waren, von jeher darauf hin nachgeprüft, ob sie auf Willkür beruhen oder ob die Behörde bei Ausübung des Ermessens in so hohem Maße gefehlt hat, daß ihr Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist und es habe in solchen Fällen die Entstehung von Schadensersatzansprüchen anerkannt. (Vergleiche insbesondere RG 125/12). Ob die Wasserbehörden gegen eine mißbräuchliche Benutzung eines Wasserlaufs vorgehen wollten, sei nicht ihrer Willkür anheimgegeben, sondern in ihr pflichtmäßiges Ermessen gestellt; ein schuldhafter Ermessensmißbrauh könne eine Amtspflichtverletzung bedeuten und zum Schadensersatz verpflichten.

Das Reichsgericht nimmt also, so grotesk es klingen mag an, daß dann, wenn die Wasserbehörden eingeschritten wären, der Schaden nicht entstanden wäre, wie es schon einmal festgestellt hat, daß ein tödlicher Unfall vermieden worden wäre, wenn die Polizeibehörden die erforderlichen Warnungstafeln aufgestellt hätten[568]). Im Übrigen zeigt das Urteil ein vollkommenes Mißverstehen der so mannigfachen Belangen dienenden Aufsicht der Wasserbehörden[569]), der Tatsache, daß die staatliche Fürsorge für das Wasserwesen Aufgabe, aber nicht einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht der öffentlichen Verwaltung ist, der Stellung des freien Verwaltungsermessens als des Lebenselements der Verwaltung. In der Besprechung eines ähnlichen reichsgerichtlichen Fehlurteils (RG 135/110) sagt Drews[570]), daß eine derartige Rechtssprechung eine unerträgliche Hemmung der freien Initiative der Verwaltung herbeiführe, in einer Zeit, in der der Staat die ganze Rührigkeit und unbehinderte Bewegungsfreiheit seiner Verwaltung brauche, um seine weitgesteckten Ziele zu erreichen. Auch in dieser Arbeit wurde immer wieder betont, daß ohne die schöpferische Kraft des freien Ermessens fruchtbare Verwaltungsarbeit nicht geleistet werden kann; auch unsere Untersuchungen sollten beitragen zur theoretischen Fundierung einer freieren und beweglicheren Stellung der Verwaltung. In diesen Monaten wird an der Abfassung eines neuen Reichswassergesetzes gearbeitet; es sei deshalb mit dem Wunsche geschlossen, das neue Wassergesetz möge „als Sauerteig die ganze Masse des durch die Zivilrechtspraxis verdorbenen Verwaltungsrechts erneuern"[571]).

568) RG in JW 1927/
569) Vergleiche Krebs in RVBl 1935/Heft 2.
570) RVBl 55/178. Vergleiche a. a. O. 55/587 ff.
571) Hofacker; siehe Behr, HansRGERZtschr. 1934/290 ff.

Lebenslauf.

Ich bin am 21. Oktober 1910 als Sohn des Oberpostinspektors Wilhelm Ulsenheimer und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Rott in Augsburg geboren. Nach vier Volksschulklassen besuchte ich 9 Jahre das humanistische Gymnasium St. Anna in Augsburg. Nach der Reifeprüfung im Jahre 1930 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München Volkswirtschaft und Rechtswissenschaften. Im November 1933 habe ich die Universitätsschlußprüfung als I. Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst abgelegt. Die Große Staatsprüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst habe ich im Februar 1937 bestanden